Die Judikatsklage

des römischen Rechts und ihre Fortentwickelung

im gemeinen und heutigen Recht.

Inaugural - Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt

von

Ernst Frankenstein

Referendar aus Berlin.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Inhalt.

Seite

Einleitung 5

Erster Abschnitt.

Die Judikatsklage des römischen Rechtes.

Kapitel I. Der Legisaktionenprozess . . 9

Kapitel II. Der Formularprozess.

I. Verfahren 15

II. Klaggrund (Konsumptionslehre) . 17

III. Sachlegitimation 22

IV. Einreden 27

V. Besonderheiten 28

VI. Actio iudicati oder imploratio? . . 30

Kapitel III. Der Kognitionsprozess.

I. Verfahren 31

II. Klaggrund 33

III. Sonstige Fragen 36

Zweiter Abschnitt.

Die Fortentwickelung der Judikatsklage im gemeinen Recht.

Kapitel I. Das Vollstreckungsverfahren . 38

Kapitel II. Die Anwendung der Judikatsklage 44

Kapitel III. Klaggrund und Sachlegitimation.

I. Klaggrund 52

II. Sachlegitimation 55

Seite

Kapitel IV. Einreden und Besonderheiten.

I. Einreden 57

II. Besonderheiten 59

Dritter Abschnitt.

Die Fortentwickelung der Judikatsklage im heutigen Recht.

A. Die Judikatsklage im allgemeinen.

Kapitel I. Begründung der Judikatsklage. 62

Kapitel II. Allgemeine Regeln 69

B. Anwendungsfälle von Judikatsklagen.

Kapitel III. Judikatsklagen wegen eines Mangels im Grunde.

I. Übersicht 73

II. Verlust der Urteilsurkunde u. a. 74

III. Ausländisches Urteil 76

IV. Schiedsspruch 83

Kapitel IV. Judikatsklagen wegen eines Mangels im Anspruch 87

Kapitel V. Judikatsklagen wegen eines Mangels in der Legitimation.

I. Falsche Bezeichnung für die Partei. 89

II. Gesamtnamen für die Partei . . . 90

III. Rechtskraft gegen Dritte 96

Einleitung.

Eine gesicherte Urteilsvollstreckung ist die Vorbedingung jeder geordneten Rechtspflege. Fehlt sie, so ist der Ausspruch des Richters ein idealer Wunsch, dessen Verwirklichung von der moralischen Kraft, die ihm innewohnt, und dem guten Willen der Beteiligten abhängt.

Das ist der gegenwärtige Stand des Völkerrechts. Das Privatrecht hat ihn in der Entwickelung von zwei Jahrtausenden überwunden.

Die streng individualistische Lebensauffassung des Römers — vielleicht ein Ausfluss des uralten Bauernstolzes — gestattete keinen Eingriff des Staates in das, was jener sein Recht nannte. Geriet er mit dem Nachbarn in Streit, so rief er die Götter zu Zeugen seines Rechtes an und liess, wenn der andere das Gleiche tat, den Priester entscheiden, wessen Meineid die Götter beleidigt habe und Strafe heische. Das war der alte Sakramentsprozess.

Wie der Sieger zu seinem Rechte kam, wissen wir nicht; vermutlich durch Selbsthilfe. Denn „je energischer der Gedanke des subjektiven Rechtes,

um so reiner muss die Verwirklichung des Rechtes durch die in ihm selbst gelegene Macht erfolgen, und diese Macht ist nirgends anders zu suchen, als in dem berechtigten Subjekte selbst".[1] Mit dem Wachstum des Staates mochte das zu Unzuträglichkeiten führen, und man ersann ein Verfahren, das die Selbsthilfe unter Aufsicht des Richters stellte, die legisactio per manus iniectionem. Der Sieger musste die Erlaubnis für die Selbsthilfe unter Hinweis auf das Urteil erbitten. Denn der Richterspruch hatte bereits solches Ansehen erlangt, dass man ihm rechtsschöpfende Kraft beimessen konnte. Alles fernere Recht des Gläubigers beruhte auf ihm, dem Judikat, und als mit der Einführung des Formularprozesses jedem Anspruch eine Klagformel zur Seite trat, bildete man für den Anspruch aus dem Judikat die Judikatsklage.

Das war ein Wendepunkt der Rechtsentwickelung. Die Vollstreckung verlor ihren privatrechtlichen Charakter, und zu dem Anspruch gegen den Beklagten auf Erfüllung trat ein Anspruch gegen den Staat auf Rechtsverwirklichung, dem der Prätor mit staatlichem Zwang entsprach, wenn der Schuldner grundlos das Recht verweigerte.[2]

Unter der absoluten Monarchie mochte dieser Gedanke bestimmender sein als der bewusste Schutz privater Interessen. Der Staat schritt auf einfachen Antrag ein, während die förmliche Judikatsklage,

---

1) Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm S. 103.

2) Anderer Meinung Degenkolb S. 106. — Vgl. aber Walter, Geschichte des römischen Rechts 2. Aufl. § 716 ff.

die freilich manche Vorteile bot, in den Hintergrund trat.

Als das römische Recht nach Deutschland kam, fand es dort eine — in dieser Beziehung — ähnliche Entwickelung vor, die nur noch des Abschlusses bedurfte. Der absolute Staat der Folgezeit vollstreckte die Urteile im Interesse seines Ansehens, der aufgeklärte Absolutismus kam dem einzelnen auch wider dessen Willen zu Hilfe — für einen materiell-rechtlichen Anspruch aus dem Urteil war hier kein Raum mehr. Nur in Ausnahmefällen, wenn die Staatsgewalt nicht eingreifen konnte oder, wie bei ausländischen Urteilen, kein Interesse an der Vollstreckung hatte, griff man auf die alte Klage zurück.

Dabei ist es bis heute im wesentlichen geblieben. Aber die Auffassung von der materiellrechtlichen Grundlage der Judikatsklage und ihrer rechtspolitischen Notwendigkeit hat sich geändert. Es erscheint deshalb nicht angebracht, schon hier auf diese Fragen einzugehen.

Das Interesse des einzelnen an der Rechtssicherheit und das des Staates an der Erhaltung seines Ansehens durchdringen sich wechselseitig und werden sich vielleicht einmal völlig decken.[3] Dann wird die Judikatsklage nur noch historisches Interesse haben.

Der folgende Versuch einer Darstellung der Judikatsklage, der zugleich eine Übersicht über die

---

3) Degenkolb S. 102, 118.

weit verstreute Litteratur gibt, wird in seinem ersten Abschnitt die Gestaltung der Klage im römischen Recht behandeln und im zweiten und dritten Abschnitt ihre Fortentwickelung im gemeinen und heutigen Recht verfolgen.

Erster Abschnitt.

Die Judikatsklage des römischen Rechtes.

Kapitel I.

Der Legisaktionenprozess.

Der älteste römische Prozess, über den wir namentlich durch Gaius[1] und Gellius[2] Kunde haben, ist der Legisaktionenprozess. Er bestand vermutlich schon vor der Zwölftafel-Gesetzgebung, verdankt dieser aber die scharfe und lapidare Fassung, in der er auf uns überkommen ist.[3] Wir kennen fünf modi lege agendi, von denen die legis-actio per manus iniectionem der Vollstreckung aus Geldforderungen dient. Sie ist reine Personal-exekution. „Und in der Tat ist es, wenn wir näher zusehen, nicht die Vermögensexekution, welche sich dem Rechtssinn zunächst darbietet. . . . . Dass der Gläubiger ohne das Medium des Schuldners sich selbst aus den Gütern des Schuldners bezahlt

1) Institutionum IV § 21. — Dazu Keller, Römischer Zivilprozess 6. Aufl. § 83. — Huschke, Recht des Nexum S. 79 ff. — Rudorff, Römische Rechtsgeschichte II § 24.

2) Noctium Atticarum l. XX cap. 1.

3) Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts I S. 18 gegen Pomponius in l. 2 § 5, 6 D. de orig. iur. 1, 2.

mache, ist eine Überschreitung des Rechtes der Obligation.[4]

Ging die Forderung nicht auf Geld, so bedurfte es eines Nachverfahrens (arbitrium litis aestimandae), um sie vollstreckbar zu machen,[5] während das erstrittene dingliche Recht imperio magistratus geltend gemacht wurde.

Hatte der Gläubiger ein obsiegendes Urteil erstritten oder der Schuldner in iure den Anspruch zugestanden[6] — ganz abgesehen von den Klagen, die, wie die actio depensi, sofortige Vollstreckung zuliessen, sowie von dem nexum — so blieben dem Schuldner 30 Tage Zeit, um das Urteilsgebot zu erfüllen.[7] Nach fruchtlosem Ablauf der Frist ergriff ihn der Gläubiger, schleppte ihn vor den Prätor und erklärte ihm dort feierlich: „Quod tu mihi iudicatus es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio".[8] Der Schuldner konnte sich nicht selbst

---

4) Puchta, Kursus der Institutionen 6. Aufl. § 179, während Bethmann-Hollweg, Römischer Zivilprozess I S. 195 die Personalexekution damit rechtfertigt, dass ein zahlungsunfähiger Schuldner seine bürgerliche Stellung nicht mehr behaupten könne — eine Erklärung, die dem Rechtsempfinden jener Zeiten zuviel Feinheit zumutet. — Vgl. Seuffert, Recht, Klage und Zwangsvollstreckung in Grünhuts Zeitschrift XII S. 625. „Die Obligation in ihrer ursprünglichen Gestalt ist Einräumung der Herrschaft über den Leib des Schuldners."

5) Bethmann-Hollweg S. 196. — Keller § 16.

6) Pauli Sententiarum V cap. 5 a § 2 ff.

7) Gellius a. a. O. § 45 „Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto." Derselbe l. XV cap. 13 § 11, l. XX cap. 1 § 42 ff.

8) Gaii IV § 21.

verteidigen, da er durch die Verhaftung das ius standi in iudicio eingebüsst hatte;[9] doch durfte ein Dritter als Bürge für ihn eintreten und das Recht des Gläubigers bestreiten. Fand sich niemand dazu bereit, so führte der Gläubiger ihn in die Schuldhaft.[10] Diese dauerte 60 Tage, während deren der Schuldner Gelegenheit hatte, sich mit dem Gläubiger zu verständigen. An drei aufeinanderfolgenden nundinae musste er dem Prätor vorgeführt und seine Schuld verkündet werden, damit noch jemand für ihn eintreten konnte. Geschah das nicht, so durfte ihn der Gläubiger verkaufen oder töten, mehrere Gläubiger ihn in Stücke schneiden.[11]

Dass diese harten Bestimmungen nur den Zweck hatten, den Schuldner „mürbe zu machen", wie Keller Anm. 1022 meint, ist schwerlich im Sinne einer Zeit gedacht, in welcher der Mensch begehrte Ware war; die erbitterten Parteikämpfe jener Tage, die sich um das Schuldrecht drehten, beweisen den Ernst der Drohungen.

---

9) Bethmann-Hollweg S. 197.

10) Gellius a. a. O. „Post deinde manus iniectio esto; in ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo em iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo ne minore aut si volet maiore vincito". (Huschke S. 83 Anm. 100 will hier lesen: ne maiore etc. S. aber Livius l. XXXII cap. 26 § 18: „ne minus X pondo compedibus").

11) Gellius § 46: „Erat autem interea ius paciscendi ac, nisi pacti forent, habebant in vinculis dies sexaginta". § 47: „Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaequae pecuniae iudicati essent, praedicabatur". § 48 ff.: „Tertiis autem nundinis capitis poenam dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant. — Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto."

Welche Voraussetzungen die Anwendung solcher Gewaltmittel hatte, wissen wir nicht. Sicherlich war der Gefahr vorgebeugt, dass jemand durch willkürliche manus iniectio die ganze Existenz seines Feindes vernichtete. Vielleicht war — man vergesse nicht die engen Verhältnisse des ältesten Rom — ein solches Schuldverhältnis offenkundig genug, um Missbrauch zu verhüten, vielleicht musste auch der Gläubiger das Vorhandensein des Urteils, auf das er sich berief, durch Zeugen beweisen.[12]

Die legisactio per manus iniectionem bezweckt die Geltendmachung des aus dem Urteil erwachsenen Anspruchs als einer neuen causa debendi — denn der alte Anspruch ist konsumiert (s. S. 17) — und stützt sich dabei nur noch auf das Urteil. Einreden, die anstelle des Schuldners der Bürge erhebt, können nur die Existenz oder Giltigkeit des Urteils („quod tu mihi iudicatus es") oder die behauptete Nichterfüllung des Urteilsgebotes („quandoc non solvisti") betreffen.[13] Die Verfahrensart der manus iniectio ist insofern die Grundlage der späteren actio iudicati, sie unterscheidet sich jedoch von ihr namentlich dadurch, dass sie im allgemeinen ohne Litiskontestation vor sich ging. Erfolgte diese aber, so führte die legisactio zu einem erneuten Verfahren, das man wohl als legisactio iudicati bezeichnet.

Der Fall trat ein, wenn ein Bürge für den Schuldner die Voraussetzungen der manus iniectio

12) Eisele, Abhandlungen zum römischen Zivilprozess S. 144. — Wenger, Zur Lehre von der actio iudicati S. 17 Anm. 52.

13) Eisele S. 141 ff.

bestritt. Es erfolgte dann eine Verhandlung in iudicio, in welcher der Bürge die Zahlung der Judikatsschuld oder das Nichtbestehen des Urteils darzulegen hatte. Durch die letztere Möglichkeit nahm sein Eintreten den Charakter der Nichtigkeitsbeschwerde an, für die im gewöhnlichen Verfahren kein Raum war.[14] Hierin aber mit Eisele den Hauptzweck der legisactio iudicati, sowie der späteren actio iudicati, zu sehen, hiesse Zweck und Folge verwechseln. Eine Klage, die nur dazu bestimmt wäre, ihr entgegenstehende Einwendungen des Beklagten zur Geltung zu bringen, wäre, wie Heldmann[15] treffend ausführt, ein Widerspruch in sich selbst.

Der Möglichkeit, durch immer erneute Anfechtung des Judikats die Angelegenheit endlos hinzuziehen, war durch die Massnahme vorgebeugt, dass die Streitsumme sich für den Anfechtenden mit jedem Judikat verdoppelte (s. unten S. 28); andererseits war der Schuldner gegen Schikanen des Gläubigers durch die Prozessstrafen geschützt.

Eine erste Änderung dieses alten Verfahrens brachte die lex Poetelia (441 u. c.), welche die Tötung untersagte und die Schuldknechtschaft milderte.[16] Den nexi, später allen Schuldnern, wurde

14) Eisele S. 148 ff. — Keller § 82 unter 1.

15) Heldmann, Die Judikatsklage, Marburger Dissert 1895 S. 6.

16) Es ist unter Berufung auf Livius mehrfach behauptet worden, die lex Poetelia habe die Schuldhaft beseitigt, aber die angeführten Stellen (l. II c. 23 § 6, c. 24 § 6) sprechen nicht von der lex Poetelia. S. hierüber Wenger S. 114 Anm. 31 und Padeletti-Holtzendorff, Röm. Rechtsgeschichte S. 184.

gestattet, durch eidliche Erhärtung ihrer Zahlungsfähigkeit (bonam copiam esse) die Schuldhaft abzuwenden.[17] Die lex Julia de cessione bonorum verlangte statt dessen die Vermögensabtretung.[18]

Inzwischen hatte sich allmählich eine Vermögensexekution entwickelt, zunächst durch multa, pignoris capio, ius prensionis u.s.w. bei Staatsansprüchen, [19] dann als Urteilsvollstreckung im Strafprozess. Im Zivilrecht scheint man sie zuerst gegen indefensi und infantes angewandt zu haben, bei denen in ius vocatio ausgeschlossen war. [20] Die weitere Entwickelung ist sehr bestritten und kann hier nicht erörtert werden. Gewiss ist, dass auch ferner, so lange die Legisaktionen überhaupt noch vorkamen, die Personalexekution als das ordentliche Vollstreckungsmittel galt;[21] sie lässt sich sogar noch nach dem Untergang des ordo iudiciorum nachweisen.[22] Dass, wie

---

17) Keller Anm. 1025. Ausserdem erhielt der Gläubiger ein selbständiges Recht auf das Vermögen des Schuldners. Für seine Befriedigung wurde im Anschluss an die unten erwähnte Vermögensexekution ein konkursähnliches Verfahren ausgebildet. Gaii IV § 35. — Padeletti S. 365 Anm. 6. — Bethmann-Hollweg II S. 668. — Puchta § 179.

18) Keller bei Anm. 1027. — Padeletti S. 365. — Heraldus, de rerum iudicatarum auctoritate lib. II c. 25 n. 2. — l. 4 C. qui bon. ced. 7,71.

19) l. 11 § 6 D. ad. leg. Jul. pec. 48,13.

20) Keller bei Anm. 1030. — Wenger S. 115.

21) Wenger S. 109 ff. — Padeletti S. 185, 366 Anm. 8 und dort Zitierte. — Vgl. über die Streitfrage die Litteratur bei Keller Anm. 1032 ff.

22) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 445 ff. Wenigstens ist die tatsächliche Übung nicht zu bestreiten; ders. S. 452. Ebenso Walter § 718. — Wetzell, System d. ordentl. Zivilprozesses 3. Aufl. S. 642. — Dagegen Puchta § 188. — Bethmann-Hollweg III

Puchta behauptet,[23] dem Gläubiger beide Mittel wahlweise zur Verfügung standen, wird zwar bestritten, doch möchte ich mich mit Rücksicht auf Gaii III § 78 („item iudicatorum") Puchta anschliessen.

Kapitel II.

Der Formularprozess.

I.

Durch die lex Aebutia und die beiden leges Juliae iudiciariae war anstelle des alten Legisaktionenverfahrens der Formularprozess eingeführt worden. Auch dieser zerfiel in das Verfahren in iure vor dem Prätor und in iudicio vor dem Laiengeschworenen, dessen Tätigkeit mit der Entscheidung der ihm vom Prätor überwiesenen Formel beendet war. Wollte der siegreiche Kläger zu seinem Rechte kommen, so musste er, wenn der Beklagte nicht innerhalb des tempus iudicati[1] das Urteilsgebot erfüllt hatte, sich aufs neue an den Prätor wenden. Dabei ergab sich eine Schwierigkeit: Der Kläger musste zur Begründung seines Anspruchs das Vorhandensein eines Urteils beweisen. Akten gab es noch nicht, und die Zeugenvernehmung gehörte nicht zu den Aufgaben des Prätors. Der Kläger war daher auch aus diesem Grunde — neben dem in der Einleitung erwähnten

S. 314. — Jac. Gothofredus ad c. unic. C. Theod. de priv. carc. 9,11.

23) II S. 209. — Dagegen Wenger S. 116.

1) Dies betrug nach den Zwölftafeln 30 Tage (Gellius a. a. O. § 45. — Gaii III § 78. — S. oben S. 10), später 2 Monate, l. 1 pr. C. Theod. de usur. rei iud. 4,19. — l. 3 § 3 C. eod. 7,54.

Prinzip — genötigt, formell den Weg der Klage zu beschreiten, um ein iudicium über den Judikatsanspruch herbeizuführen. Diese Klage war die actio iudicati.

Unter Beiseitelassung aller später zu erörternden Eigentümlichkeiten und Streitfragen stellt sich das Verfahren nach der herrschenden Meinung[2] folgendermassen dar:

Nach der aussergerichtlichen editio actionis erfolgte die in ius vocatio, die editio actionis vor dem Prätor und die datio und impetratio actionis.

Fand der Prätor keinen Grund zur denegatio actionis, so erteilte er die Formel der actio iudicati. Nunmehr hatte der Beklagte Gelegenheit, sich zu erklären. In den weitaus meisten Fällen erkannte er den Anspruch an. Zahlte er dann nicht sofort, so fertigte der Prätor den Vollstreckungsbefehl aus („duci iubet"), welcher Personalexekution, später nach Bekker, Aktionen II S. 185 wohl auch Realexekution zufolge hatte. Das Gleiche geschah, wenn der Beklagte zwar den Anspruch bestritt, aber nicht die erforderliche cautio iudicatum solvi stellte. Nur wenn er unter Bestreitung des Judikatsanspruchs Sicherheit leistete, kam es zur Litiskontestation und zu einem eigentlichen Judikatsprozess vor dem iudex, der den unterliegenden Beklagten in die doppelte Judikatssumme, also unter Umständen in das Vierfache des ersten Streitwertes

2) Puchta II S. 197 ff. — Bethmann-Hollweg II S. 662 ff. — Eisele S. 140. — Wenger S. 118 ff.

verurteilte. Hierdurch war von vornherein einem Missbrauch vorgebeugt.

II.

Die materiellrechtliche Grundlage der actio iudicati bildete das Urteil. Denn nach römischer Auffassung wurde der im Prozess geltend gemachte Anspruch konsumiert und durch einen neuen Anspruch, eine obligatio ex iudicato, ersetzt.[3] Diese Tatsache ist unbestritten. Aber über den konstruktiven oder rechtsphilosophischen Grund gehen die Ansichten weit auseinander.

Lange Zeit herrschend war Kellers Ansicht, die er in seinem Werke „Litiskontestation und Urteil" niedergelegt hat. Sie besagt kurz folgendes: Mit der Litiskontestation verwandelt sich der Klageanspruch „dare debitorem oportere" durch Novation in ein „condemnari oportere" und dieser Anspruch mit dem Urteil durch neue Novation in ein „iudicatum facere oportere."[4] Die Konsumption tritt nach Gaii IV § 107 im iudicium legitimum ipso iure ein, wenn eine actio in personam mit formula in ius concepta angestellt wird, sonst erst ope exceptionis.

Seit dem Fortfall einer Unterscheidung zwischen iudicia legitima und imperio continentia wurde die

3) l. 13 pr. D. de inst. act. 14,3. — l. 17 § 1 D. de inoff. test. 5,2. — l. 3 pr. D. de agnosc. v. al. liberis 25,3. — l. 50 § 1 D. de legatis l. — Keller Anm. 703 rechtfertigt die Konsumption vom rechtspolitischen Standpunkt mit einem Hinweis auf den jährlichen Wechsel der Magistrate.

4) Gaii III §§ 180, 181. — Nur von dieser zweiten Novation, die auf einem Quasikontrakt beruhe und eine neue Klage erzeuge, spricht Carlevalius Hispanus, de iudiciis lib. 1, tit. 2 disp. 1 n. 2.

Konsumption nur noch ope exceptionis geltend gemacht, und zwar mit der exceptio rei in iudicium deductae, wenn Litiskontestation, mit exceptio rei iudicatae, wenn auch das Urteil erfolgt war.

Die letztere hatte zwei Funktionen. Negativ hinderte sie eine Wiederanstellung derselben Klage, und positiv machte sie das Judikat selbst als nunmehrige Rechtsgrundlage unter den Parteien geltend und wandte sich so gegen jede Klage, welche diesen Zustand umzustossen drohte.

Savigny, der sich dieser Lehre anschliesst,[5] behauptet ausserdem, dass die ältere negative Funktion der exceptio rei iudicatae durch die jüngere positive verdrängt und im Justinianischen Recht antiquiert sei. Ihm folgen, wenn auch mit Abweichungen untereinander, Wächter, Vangerow, Krüger und Bethmann-Hollweg.[6]

Hiergegen ist Bekker aufgetreten.[7] Nach seiner Lehre verliert der Anspruch mit der Litiskontestation seine Klagbarkeit[8] zugunsten seiner

---

5) System des heutigen römischen Rechts VI § 282; von besonderer Beweiskraft erscheinen die S. 274 ff. angeführten Stellen nicht. Übrigens gründet Savigny die exceptio rei iudicatae vor allem auf den Satz „Res iudicata pro veritate accipitur". Vergl. l. 25 D. de statu hom. 1,5. — l. 207 D. de R. J. 50,17.

6) Wächter, Erörterungen aus dem römischen etc. Privatrecht III S. 3 ff. — Vangerow, Pandekten I § 173 II. — Krüger, Prozessualische Konsumption § 20. — Bethmann-Hollweg II S. 636 ff. Vgl. aber III S. 257 „mit Novation verglichen".

7) Prozessualische Konsumption S. 7 ff. — Aktionen I S. 317, 337, 350. — Prinzip der prozessualischen Konsumption in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. XXI Roman. Abt. S. 339 ff.

8) Ebenso Cogliolo, Trattato teorico-pratico della eccezione di cosa giudicata vol. I pag. 145 „essa [la litiscontestatio],

Durchführung im Prozess; denn „bis de eadem re ne sit actio." (Gaii IV § 108). Diese Konsumption wird durch die exceptio rei in iudicium deductae geltend gemacht, bis das Urteil einen materiellrechtlichen Anspruch, die obligatio ex iudicato, begründet hat. Aus diesem erwächst dem Kläger die actio iudicati, dem Beklagten die exceptio rei iudicatae, die nur ein Ausfluss des ne bis in idem ist; eine positive Funktion besitzt die exceptio nicht. Bekker bestreitet also die zweimalige Novation; ein Vorgang, den die Römer vergleichsweise als Novation bezeichneten, liege nur in der Litiskontestation.

Dieser Theorie schliessen sich die meisten neueren Juristen an:

Dernburg (später mit Einschränkungen), Brinz, Rudorff, Westerburg und Unger,[9] ferner Arndts, Wetzell, Förster-Eccius und Eisele,[10] zum Teil auch Windscheid, der aber mit Kleinschrod an der positiven

---

consumava formalmente o processualmente, ma non materialmente. il diritto".

9) Dernburg, Heidelberger Kritische Zeitschrift II (1855) S. 339 ff. — Preussisches Privatrecht 5. Aufl. I § 137. — Pandekten 6. Aufl. I § 162 Anm. 4. — Brinz, Pandekten I §§ 93, 94 unter Berufung auf die unten S. 21 besprochene l. 6 D. de exc. r. i. 44,2. — Rudorff, Römische Rechtsgeschichte II §§ 78, 81. — Westerburg, Archiv für prakt. Rechtswissenschaft, neue Folge IX S. 281 ff., S. 343 ff. — Unger, Österreichisches Privatrecht 3. Aufl. II § 127 Anm. 34—36.

10) Arndts, Pandekten 13. Aufl. § 113. — Wetzell § 14 S. 129, § 57 am Anfang. — Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht 7. Aufl. I S. 290 ff. — Eisele S. 11 ff.

Funktion der exceptio rei iudicatae festhält[11] und ausserdem eine Konsumption des Anspruchs, nicht nur seiner Klagbarkeit, behauptet. Eine Sonderstellung nimmt Cogliolo ein, der jedoch mit Bekker in der Verwerfung von Kellers Theorie übereinstimmt.[12]

Gegen Kellers Lehre spricht folgendes: Die Funktion, welche er der exceptio rei iudicatae beimisst, steht mit dem Wesen der römischen exceptio in Widerspruch; denn diese entkräftet ein Recht durch Geltendmachung eines — wenigstens augenblicklich — stärkeren Gegenrechtes. Wenn aber die Konsumption rechtszerstörend wirkt, so ist kein Gegenrecht vorhanden, auf das sich die Einrede stützen könnte[13] — es sei denn der Satz ne bis in idem, den Keller in dieser Anwendung nicht kennt. Keller hat sich durch Gaii III § 180 leiten lassen, obwohl diese Stelle keine Begriffsbestimmung enthält.[14] Tatsächlich beweisen zahlreiche Quellenstellen, dass man die Wirkungen von

---

11) Windscheid, Aktio S. 72 ff. — Pandekten 8. Aufl. I § 130 Anm. 23 a. — Kleinschrod, Prozessualische Konsumption S. 7 ff.

12) p. 59 „Adunque l'exceptio rei iudicatae non ha nè la funzione positiva nè la negativa“ und setzt hinzu: „Parrà strano dire che l'exceptio rei iudicatae non ha nè funzione negativa, nè funzione positiva, quasi che non avesse funzione. Ma si ricordi che qui funzione non ha il significato proprio, ma quello datogli dal Keller.“ p. 145 a. E: „l'exceptio rei iudicatae serve per respingere la presentazione di diritti divenuti res iudicata“. Das trifft jedoch nur für den spätrömischen Prozess zu.

13) Brinz § 94. — Westerburg S. 343.

14) Kleinschrod S. 15. — Savigny § 282 giebt übrigens zu, dass Gaius hier der positiven Funktion der exceptio rei iudicatae nicht gedenkt.

Litiskontestation und Urteil mit der Novation nur vergleichen wollte, ohne in ihnen selbst eine Novation zu sehen.[15] Bestanden doch Bürgschaften, Pfandrechte und privilegia exigendi fort, ohne dass jemand daran Anstoss genommen hätte.[16] Endlich spricht gegen Keller, dass die einzige uns überlieferte Formel der exceptio rei iudicatae die negative Funktion ausdrückt: „Si ea res non iudicata sit inter me et te" und ganz ähnlich Cicero, de oratore I § 168 „quod ea res in iudicium antea venisset". Savigny behauptet zwar,[17] in der l. 6 D. de exc. rei iud. 44,2 einen Beweis für die positive Formel gefunden zu haben: Paulus „Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa

15) l. 3 § 11 D. de peculio 15,1: iudicati velut obligatio. Ebenso: l. 29 D. de novat. 46,2. — l. 22 D. de administr. 26,7. — l. 4 § 7 D. de re iudicata 42,1. — l. 16 § 6 D. de pignoribus 20,1. — l. 37 § 6 D. de operis lib. 38,1. — l. 2 § 8 D. de hered. vel act. vend. 18,4. — Brinz § 94 „eine Art Novation". — Bekker S. 295, Aktionen II S. 181 ff. — Pernice, Parerga in der Zeitschrift der Sav.-Stfg. Bd. V Roman. Abt S. 49 sagt, die Vergleichung sei eine blosse Denkfigur. — Schon ältere Juristen erkannten das. Vulteius, commentarius ad § 3 J. quib. modis oblig. toll. 3,29 n. 7 sagt „sed si penitus res inspiciatur, erroneum est litiscontestatione novationem fieri" und Brissonius, de solutionibus II (Select. antiquitat. libri IV, Francof. 1587) col. 171 „Litiscontestatione non modo nova obligatio nulla comparatur, sed nec aliqua tollitur . . ."

16) l. 28 C. de fideiuss. 8,40. — l. 4 § 4 D. de re iudicata 42,1. — l. 8 § 3 D. de fideiuss. 46,1. — l. 13 § 4 D. de pignoribus 20,1.

17) § 280. Er selbst zitiert dort (Anm. d) übrigens als Ausdruck der Klagenkonsumption Quintilian inst. orat. VII,6 „quod scriptum est: bis de eadem re ne sit actio."

pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem rei iudicatae frequens est". Aber bei unbefangener Prüfung der Stelle muss man B e k k e r Recht geben, der in ihr nur eine Umschreibung des bis de eadem re ne sit actio sieht.[18]

Aus allen diesen Gründen, namentlich den zuerst genannten, möchte ich mich B e k k e r anschliessen. Doch ist zuzugeben, dass sich einzelne Fälle der positiven Funktion der Einrede schon im klassischen Recht nachweisen lassen.

Im ganzen bleibt dieser Streit der Meinungen für die Zeit des Formularprozesses theoretischer Natur. Dagegen ist er für das spätere Recht von grösster Bedeutung. Denn die Anhänger der K e l l e r schen Theorie leugnen das Fortbestehen des Konsumptionsprinzips, während B e k k e r und die Neueren darauf beharren. Hiervon wird später die Rede sein (unten S. 33 ff., 53 ff.)

III.

Res iudicata ius facit inter partes. Dieser allgemeine Satz gilt auch gegenüber der Judikatsklage — wie denn überhaupt der Neigung mancher Schriftsteller, die actio iudicati als eine eigentümliche und regelwidrige Bildung hinzustellen, nicht beizupflichten ist.

18) Proz. Konsumption S. 14. — Ebenso Cogliolo I p. 407 sg. „A dir vero non vediamo tutti questi concetti [scil. del Savigny] contenuti nel nostro testo il quale più semplicemente si limita a dare le ragioni della impossibilità di ripresentare un diritto giudicato."

Jus facit inter partes d. h. unter denen, für und wider die das Judikat ergangen ist, also unter den Parteien des ersten Prozesses. Im allgemeinen wurde daher die actio iudicati nur demjenigen erteilt, auf dessen Namen die erste actio — „Mutteraktion" sagt Bekker Aktionen II S. 183 — gestellt war,[19] und nur gegen denjenigen, den die Formel der Mutteraktion und das Urteil als condemnatus bezeichnete.[20]

Eine fast selbstverständliche Erweiterung der Regel, keine Ausnahme, ist die Festsetzung der beiderseitigen Vererblichkeit der actio, mit der Einschränkung, dass die Erbfolge nach Fällung des Urteils eingetreten sein musste.[21]

Weniger einfach lag die Frage der Rechtskraft, wenn im ersten Prozesse Stellvertreter für eine oder beide Parteien erschienen waren. Das ältere Recht hatte prozessuale Stellvertretung überhaupt nicht zugelassen und sie später nur zögernd für einige dringende Fälle gestattet. Dann lautete das Urteil gegen den Vertreter, während die actio iudicati vom Prätor, der hierin souverän war, gegen den Ver-

19) Bei Popularklagen will Rudorff II S. 159 die actio iudicati einem Gemeindebeamten geben und führt als Beweis l. 25 § 2 D. de Sc. Silan. 29,5 und l. 6 § 3 D. quod cuiusc. univ. 3.4 an. Diese Stellen besagen aber nur, dass der Gemeindebeamte, der die Popularklage erhoben hat, auch die actio iudicati erhält, was durchaus der obigen Regel entspricht.

20) l. 2 C. quib. res iud. non nocet 7,56. — l. 63 D. de re iud. 42,1.

21) Windscheid-Kipp, Pandekten I § 132 Anm. 3. — Savigny S. 470. — Anders Dernburg, Pandekten I § 164 Anm. 5. Vergl. l. 9 § 2, l. 11 §§ 3, 8, 10, l. 28, l. 29 § 1 D. de exc. rei iud. 44,2. — l. 2 C. de except. 8,35.

tretenen als dominus litis erteilt wurde.[22] Lenel weist dies ausserdem für den tutor, curator und procurator praesentis nach.[23]

Das klassische Recht unterschied die formelle Kognitur, bei welcher der dominus die cautio iudicatum solvi stellte und verurteilt wurde, und die formlose Prokuratur, bei der das Urteil gegen den Prokurator erging, der für sich selbst Sicherheit leistete. Entsprechend lautete die actio iudicati im ersteren Fall gegen den dominus, im letzteren regelmässig gegen den procurator; nur fand sich auch hier die erwähnte Ausnahme für den procurator praesentis.[24] Einem Vertreter des Klägers wurde im Judikatsprozess die actio nur erteilt, wenn er die cautio de rato stellte; sie richtete sich stets gegen den, der die cautio iudicatum solvi stellte d. h. den dominus oder seinen procurator.[25]

Anders bei der gesetzlichen Stellvertretung.[26] Hatte der tutor den infans in einem Prozesse vertreten und weigerte er sich, die actio iudicati auf sich zu nehmen oder den infans pubertati proximus dazu zu ermächtigen, so gab der Prätor die actio iudicati

---

22) Gaii IV § 99. — Fragm. Vat. § 331. — pr. J. de his per quos ag. p. 4,10. — Wenger S. 178.

23) Edictum Perpetuum § 197

24) Fragm. Vat. § 317. — l. 4 pr. D. de re iud. 42,1. — Wenger S 179. — Keller § 53 Anm. 622, § 57 Anm. 677. — Puchta II S. 55.

25) Gaii IV § 101. — Wenger S. 180 ff., 189. — Lenel S. 325. — Keller §§ 52–54. — Litiskontestation u. Urteil S. 304 ff. — Bethmann-Hollweg S 426.

26) l. 4 § 1 D. de re iud. 42,1. — l. 1 C. quando ex facto tut. 5,39. — Wenger S. 206.

gegen den infans. Da dieser indefensus war, — in ius vocatio war gegen ihn unzulässig — erfolgte die Vollstreckung durch missio in bona; bei diesem blosen Arrest blieb es, bis der Mündel die pubertas erlangte und den Gläubiger klaglos stellen konnte.[27]

Ähnliche Bestimmungen galten für die Vertreter der Stadtgemeinden (municipes) und den absens indefensus.[28]

Eine wirkliche Ausnahme von dem an die Spitze gestellten Satz enthält die l. 63 D. de re iud. 42,1.[29] Diese Stelle ist schon seit der Zeit der Kommentatoren Gegenstand zahlreicher Untersuchungen, Textkritiken und Konjekturen gewesen, ohne dass sie ein befriedigendes Ergebnis gezeitigt hätten. Hält man an dem Text der Florentina fest, so bedeutet die Stelle etwa folgendes: Das Urteil wirkt im allgemeinen nicht gegen Dritte, auch wenn diese von ihm Kenntnis haben. Aber einige Personen, die in einem Prozess um ein Sachenrecht zunächst zu seiner Führung berufen wären, sie aber stillschweigend einem Dritten

---

27) l. 4 pr. D. de in ius voc. 2,4. — l. 7 D. quando ex facto tut. 26, 9. — l. 6 § 1 D. quib. ex caus. in poss. 42,4. — Pauli Sent V cap. 5 b § 1. — Keller, Zivilprozess § 49.

28) l. 4 § 2 D. de re iud. 42,1. — Wenger S. 214 ff.

29) Litteratur: Bartolus, comment. ad h. t. lex Saepe n. 3 ff. — Cuiacius, observationum XII, 25. — Donellus, comment. ad h. t. (op. omn. 1832 XI col. 367 ff.) — Heraldus, de rerum iudicatarum auctoritate l. 1 c. 1 n. 7. — Stryk, usus modernus pandectarum l. 42,1 § 38 ff. disputatio de auctoritate rei iud. §§ 6,24. — Pandekten von Windscheid I § 132, Dernburg I § 164 b Brinz I § 98 Anm 34, Vangerow I § 173. — Sintenis, Prakt. gem. Zivilrecht 3. Aufl. I S. 344 Anm. 22. — Savigny § 301 C. — Keller, Litiskontestation S. 368 ff. — Binder, Subj. Grenzen der Rechtskraft S. 24 ff. — Freudenthal u. Binding im Archiv f. ziv. Pr. XLII S. 84 ff. bezw. XLVII S. 259 ff.

überlassen, werden durch das Urteil gebunden, wenn sie ihr Recht an dem Streitgegenstand von dem Dritten herleiten und es vor Eintritt der Rechtshängigkeit erworben haben. Streitig ist nun, welche Personen das sind. Binding will nur Singularsukzessoren zulassen, Vangerow auch Pfandgläubiger, die meisten noch Superfiziar, Emphyteuta und Servitutenberechtigte oder überhaupt jeden Berechtigten.

Macer, von dem die Stelle entlehnt ist, betont als Grund der erweiterten Rechtskraft, dass der Prozess ex voluntate des Berechtigten geführt werde, der den Dritten „prohibere potest". Binder S. 32, 34 versteht hierunter die Möglichkeit für den Erstberechtigten, als Hauptintervenient gegen die streitenden Parteien aufzutreten, und fordert deshalb als Voraussetzung der Judikatswirkung gegen ihn, dass er Eigentümer der Streitsache ist. Dass das erste der drei Beispiele Macers hiermit nicht in Widerspruch steht, hat Binding S. 265 nachgewiesen. Macer spricht von einer ganz ungewöhnlichen Ausnahme und bemüht sich sichtlich, dem Gedanken klaren Ausdruck zu geben. Wollte er den Kreis der betreffenden Personen weiter gezogen wissen, so hätte er andere Beispiele gewählt. Ich stehe daher nicht an, mich Bindings Meinung anzuschliessen.

Vier einzelne Fälle ähnlicher Ausdehnung der Rechtskraft bespricht Wenger S. 215 ff. Eine Anzahl anderer, in denen das Judikat für einen Dritten nur als Präjudiz wirkt, aufgrund dessen

ihm eine besondere Klage erteilt wird, wie bei Statusklagen, Streit über die Giltigkeit eines Testamentes u. s. w. gehört nicht hierher.[30]

IV.

Die actio iudicati wird aufgrund eines Urteils erhoben und als durchaus selbständige Klage behandelt. Es ist daher folgerichtig, Einreden aus dem früheren Prozess gegen sie nicht mehr zuzulassen. Doch hat man den Grundsatz teils aus Billigkeitsgründen, teils aus rechtspolitischen Rücksichten durchbrochen. Zu erwähnen sind hier von solchen Einreden die exceptiones Sc. Macedoniani und Velleiani, de peculio, das beneficium competentiae („in id quod facere potest"), das beneficium cedendarum actionum, die exceptio doli, sowie die durch restitutio in integrum wiedergewonnenen Einreden.[31]

Einen ganz anderen Charakter haben, was die Litteratur meist übersieht, diejenigen Einreden, welche sich auf die Anstellung der actio iudicati beziehen. Sie entsprechen den gegen die manus iniectio

30) Näheres und Litteratur darüber bei Heldmann S. 22 ff.

31) Vergl. allgemein Bekker, Aktionen II S. 185 Anm. 38 und im einzelnen: Sc. Macedonianum und Velleianum: l. 11 D. de Sc. Maced. 14,6. — Wenger S. 91. — Wetzell § 47 Anm. 119 ff. — de peculio: Wenger S. 56. — beneficium competentiae: l 33 pr. D. de donat. 39,5. — l. 41 § 2 D. de re iud. 42,1. — l. 5 pr. D. quod cum eo 14,5. — Wenger S. 43 ff. — cedendarum actionum: l. 41 § 1 D. de fideiuss. 46,1. — l. 1 § 18 D. de tut. et rat. 27,3. — exceptio doli: l. 20 § 1 D. de tut. et rat. 27,3. — l. 17 § 2 D. soluto matr. 24,3. — Wenger S. 43 ff. — Heraldus l. 1 cap. 9 n. 4. — restitutio in integrum: l. 1 C. de iur. et fact. ign. 1,18. — l. 36 D. de minor. 4,4.

zulässigen Einreden und zerfallen wie diese in zwei Gruppen. Die der ersten geben den Judikatsanspruch („quandoc non solvisti") zu, wenden sich aber gegen seine Geltendmachung, während die obengenannten den Anspruch selbst bestreiten. Hierhin gehört die wichtige exceptio doli als Einrede der Zahlung, Aufrechnung oder Stundung, die exceptio iurisiurandi und die allerdings sehr zweifelhafte exceptio pacti ne iudicati agatur. [32]

In der zweiten Gruppe steht die Einrede der Nichtigkeit des Urteils, („quod tu mihi iudicatus es") die stets zu einem iudicium führte „an iudicatum sit necne".

V.

Nahm der Beklagte die actio iudicati auf sich, so musste er die satisdatio (cautio) iudicatum solvi stellen [33] und wurde gleichzeitig der poena dupli unterworfen, [34] was man durch den Satz „lis infitiando crescit in duplum" ausdrückte. Die Herkunft dieser Bestimmung ist dunkel. Nach Gaius wurde sie für die actio depensi durch eine lex Publilia (417

32) Exceptio doli: l. 4 §§ 3, 4, 7, 8, l. 7 D. de re iud. 42,1. — l. 2, l. 14 pr. C. de comp. 4,31. — Wenger S. 69 ff. — iurisiurandi: Wenger S. 82 ff. — pacti: Eisele S. 183 ff — Wenger S. 91 verneint ihre Existenz für die klassische Zeit. — Bekker a. a. O. zweifelt.

33) Gaii IV §§ 25, 102. — l. 8 § 3 D. de novat. 46,2. — Bethmann-Hollweg II S. 635.

34) Gaii IV §§ 9, 171. — Pauli Sent I c. 19 § 1. — Cicero pro Flacco § 49. — l. 7 D. de solut. 46,3. — l. 20 § 4 D. de H. P. 5,3. — l. 1 pr. C. Theod. de usur. rei iud. 4,19. — Rudorff, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft XIV S. 301 ff.

a. u.?) getroffen, für die actio legis Aquiliae durch dieses Gesetz. Nach Wenger geht die Vorschrift auf die Zwölftafeln zurück.[35] Übrigens weist derselbe Autor S. 42 ff. — in m. E. überzeugender Darstellung — nach, dass bei der actio iudicati eine condemnatio in simplum, und zwar ein gemindertes Simplum, möglich war, wenn der Beklagte nicht das Judikat, sondern nur seine volle Haftung für dasselbe bestritt, z. B. bei actiones de in rem verso, dumtaxat de peculio, bei Klagen gegen den Benefizialerben u. a. — denn das sei kein infitiari.

Unter allen Umständen hatte der Beklagte, wenn er nicht im Judikatsprozess obsiegte, die Judikatszinsen mit 24 % von Erhebung der actio iudicati an zu zahlen,[36] vorausgesetzt natürlich, dass das tempus iudicati abgelaufen war (vorher hätte der Kläger schwerlich die actio iudicati erhalten).

Die actio iudicati war im klassischen Recht unverjährbar: „Judicati actio perpetua est.“[37]

Ihre Formel rekonstruiert Eisele S. 155 wie folgt: „Si paret N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} HSX milia iudicatum esse

35) Wenger S. 106. — Gaii III § 127. — l. 2 § 1 D. ad leg. Aquil. 9,2.

36) l. 2 C. de usur. rei iud. 7,54: „nec priscis legibus, quae duas centesimas eis inferebant“. — l. 1 C. de sent. qu. 7,46. — l. 13 C. de usuris 4,32. — Lenel S. 354 Anm. 3. — Savigny VI S. 411. — Bethmann-Hollweg II S. 634.

37) l. 6 § 3 D. de re iud. 42,1. — Paulus sent. V c. 5a § a erwähnt eine Verjährung durch longum tempus, das er nach Analogie der longi temporis praescriptio auf 10 bezw. 20 Jahre beziffert. Schwalbach in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Bd. VII Roman. Abt. S. 116 ff. bezieht dies auf die Verjährung des Anspruchs, der zu einem nichtigen Urteil geführt habe und dessen Konsumption damit fortgefallen sei.

eamque pecuniam solutam non esse N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} HSX milia condemna, s. n. p. a.“ Wenger nimmt im Anschluss an Wlassak auch eine zivilrechtliche Formel an: „Si paret N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} iudicatum facere oportere etc.“, doch fehlen hierüber nähere Nachrichten.

VI.

Schliesslich ist hier noch einer Streitfrage zu gedenken, die für den gemeinrechtlichen Judikatsprozess von Bedeutung ist. Die herrschende Meinung nimmt an, dass es im ordentlichen Verfahren stets der actio iudicati bedurfte, um die Vollstreckung zu erwirken.[38] Bekker und einige andere bestreiten das[39] und behaupten, die förmliche actio iudicati sei nur auf Veranlassung des Verurteilten erfolgt, während im übrigen eine postulatio (imploratio) officii iudicis dem Kläger zur Befriedigung verholfen habe. Die wenigen Quellenstellen, die Bekker anführt, werden jedoch von Eisele S. 129 ff. und Wenger S. 5 ff. widerlegt; ob freilich die Zitate, welche Eisele zur Begründung der herrschenden Lehre anführt, sehr überzeugend sind, möchte ich dahingestellt sein lassen.

---

38) Puchta § 179. — Keller § 73 a. Ende, § 82, 1. — Walter § 716. — Bethmann-Hollweg II S. 632 ff. — Zimmern, Geschichte des römischen Privatrechts III § 138. — Kuntze, Kursus des römischen Rechts § 259 a. E., § 263. — Oertmann, Vergleich S. 205. — Pernice, Parerga a. a. O. V S. 44, XIX S. 152 unter 3.

39) Bekker, Aktionen II S. 185 Anm. 33, S. 186. — Rudorff § 90. — Schwalbach a. a. O.

Der ganze Streit dreht sich, wie Wenger zutreffend ausführt, um den Begriff actio. Bedeutet actio die formellrechtliche Klage, die mit der Litiskontestation zustande kam, so wird allerdings nur in den seltensten Fällen Erhebung der actio iudicati nötig gewesen sein; denn die Regel war eine confessio in iure über die Judikatsschuld.[40] Versteht man unter actio aber den Klaganspruch in materiellrechtlichem Sinne, so ist eine actio iudicati unter allen Umständen gegeben, und ich zweifle nicht, dass diese Auffassung die richtige ist.[41] „Was nicht mmer, sondern nur unter Umständen eintrat, das war sonach nicht die actio iudicati, sondern ein iudicium im Verfolg dieser actio.[42]“

Kapitel III.

Der Kognitionsprozess.

I.

Schon im Anfange der Kaiserzeit findet sich für gewisse Ansprüche, die bis dahin klaglos waren, eine extraordinaria cognitio vor beamteten Richtern, die mit dem erstarkenden Absolutismus den Formularprozess zurückdrängte. Unter Diokletian, von dem

40) Eisele S. 141. — Wenger S. 12.

41) Bekker, Aktionen II S. 188. — Windscheid, Aktio, besonders S. 3. — Pandekten I S. 163 ff. — Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Zivilrecht I S. 125. — l. 51 D. de O. et A. 44,7. — Über den Begriff der actio überhaupt Wlassak in Pauly-Wissowas Realenzypklopädie unter Actio III.

42) Eisele S. 141. — Ebenso Keller § 73 a. E. — Kuntze § 263.

an man die absolute Monarchie rechnet, kam diese Bewegung zum Abschluss. Im Jahre 294 verfügte der Kaiser die Abschaffung der iudicis datio und erhob damit die extraordinaria cognitio zum ordentlichen Verfahren.[1]

Der Wechsel in der Vollstreckung war der gleiche. Die neue extraordinaria executio war Vermögensvollstreckung und ging vom Gericht aus.[2] Beantragt wurde sie von dem siegreichen Kläger, der das Vorhandensein eines Urteils aus den Akten nicht erst darzutun brauchte.[3] Dann erfolgte die Vollstreckung, wenn nicht ausnahmsweise das Leistungsobjekt noch festgestellt werden musste oder der Beklagte seine Verpflichtung leugnete.[4] Hierzu standen ihm dieselben Einreden wie früher offen, jedoch ohne Verpflichtung zur satisdatio iudicatum solvi und ohne Gefahr der poena dupli.[5] Dagegen hatte Justinian das tempus iudicati bei persönlichen Klagen von 2 auf 4 Monate erhöht unter gleichzeitiger Herabsetzung der Zinsen auf $12^0/_0$[6] — eine der

1) l. 2 C. de ped. iud. 3,3. — Keller §§ 1,81. — Puchta II S. 221. — Padeletti S. 434. — Bethmann-Hollweg III S. 31.

2) Tit. Cod. de execut. rei iud. 7, 53. — Keller Anm. 971. — Walter § 717. — Bethmann-Hollweg III S. 311 ff.

3) Kleinschrod S. 88.

4) Tit. Cod. de sent. quae sine certa quant. 7,46. — § 32 J. de act. 4,6. — Bethmann-Hollweg III S. 297 ff. — Buchka, Einfluss des Prozesses II S. 79.

5) §§ 23, 26 J. de act. 4,6. — § 1 J. de poen. tem. lit. 4,16 verglichen mit Gaii IV § 171. — Wenger S. 28. — S. übrigens Nov. 18 cap. 8.

6) l. 2, l. 3 pr., § 3 C. de usur. rei iud. 7,54. — l. 13 C. de usuris 4,32. — Bei dinglichen Klagen hatte der Richter freie Hand: §§ 2, 3 J. de off. iud. 4,17. — l. 6 § 2 D. de confess. 42,2. — l. 27 § 4 D. de R. V. 6,1. — l. 12 § 5 D. ad exhib. 10,4.

vielen verfehlten Massregeln dieses dilettantischen Sozialpolitikers.

II.

Über die Frage der Klagenkonsumption herrscht Streit. Nur darüber ist man einig, dass sie nicht auf dem Novationsprinzip beruht. Falsch ist aber, wenn das daraus gefolgert wird, dass man das Novationsprinzip erst nach der Auffindung des Gaius entdeckt und in die Justinianischen Quellen hineingedeutet habe.[7] Die oben Kapitel II Anm. 5 und 19 Zitierten beweisen das Gegenteil, und Vulteius spricht an der angegebenen Stelle von der Novationslehre als herrschender Meinung („quomodo vulgo intelligitur"), die er bekämpft. Ist also auch die Ausbildung der Lehre erst von Keller aufgrund des Gaius erfolgt, so kann man doch nicht behaupten, dass das Prinzip von ihm entdeckt sei, und daraus Schlüsse ziehen. Man muss vielmehr auch hier auf die S. 18 ff. ausgeführte Widerlegung Kellers zurückgehen.

Jedenfalls hat man heute für den Kognitionsprozess die Novationslehre preisgegeben.

Daher bestreiten Wächter, Savigny, Keller[8] und andere, dass die Konsumption im Justinianischen Recht noch Platz habe. An einer Begründung dieser Behauptung fehlt es, weil eben der Nachsatz nicht aus dem Vordersatze folgt. Krüger und

7) Krüger S. 205. — Bekker, Proz. Konsumption S. 11.

8) Wächter III S. 35 ff. — Savigny § 258 S. 277 ff. — Keller § 81.

Kleinschrod sind derselben Ansicht[9]: Denn da die Konsumption früher mit der Litiskontestation, dem in iudicium deducere, eintrat, dies aber im Kognitionsprozess fortfiel, sei hier für die Konsumption kein Platz mehr. Der Schluss ist falsch. Die exceptio rei in iudicium deductae ist historische, aber nicht logische Bedingung der Konsumption[10]; es bleibt die Möglichkeit, dass die Konsumption mit der Litiskontestation des Kognitionsprozesses — der Antwort des Beklagten auf das Klaglibell — oder mit dem Urteil eintrat.

Bekker S. 11 ff. entscheidet sich für erstere Ansicht und stützt sich dabei nicht nur auf zahlreiche Quellenstellen, sondern auch — auf Keller selbst, der die negative Funktion der exceptio rei iudicatae (und damit die Konsumption) an einer grösseren Anzahl von Stellen des corpus iuris nachweist, freilich nur, um davon für den Formularprozess Gebrauch zu machen. Keller muss also mit Savigny (VI S. 25) und Krüger (S. 205) der Ansicht sein, dass die Kompilatoren in ihrer „bekannten Flüchtigkeit" alle diese Zitate — es sind mehr als 20 — aus Versehen aufgenommen hätten. Mit solcher Beweisführung kann man das ganze Justinianische Recht in Frage stellen. Nicht besser steht es um Windscheids Argumentation (Aktio S. 66) gegen l. 28 C. de fideiuss 8,40, in der Justinian ausdrücklich eine Einzelwirkung der Konsumption

9) Krüger S. 203. — Kleinschrod S. 117.

10) Diese Verwechselung findet sich vielfach, z. B. bei Rosshirt. Wirkungen des Prozesses S. 79.

aufhebt, nachdem Zeno bereits Ähnliches verfügt hatte.[11]

Wie stark müsste ein Prinzip sein, das nach Kellers Meinung ein Vierteljahrtausend über sich selbst hinauswirkt! Mühlenbruch und Wetzell schliessen sich Bekker an, ebenso Heldmann.[12]

Ich halte diese Ansicht nicht für ganz zutreffend. Bekker selbst (S. 118 ff.) gibt zu, dass die Litiskontestation für die Konsumption allmählich an Bedeutung verlor. Dies leitet zu einer Konsumption durch das Urteil über, wie sie das gemeine Recht kennt. Dem Schutz des Beklagten dient bis zum Urteil die exceptio litis pendentis und nach dem Urteil die alte exceptio rei iudicatae als Organ der Konsumption[13], die zu ihrer negativen Funktion allmählich eine positive gewann. Wenigstens scheint mir diese Annahme die einzige Möglichkeit, die widersprechenden Quellenstellen miteinander in Einklang zu bringen.[14] Gewährte man doch schon im klassischen Recht gegen die Härten der rein negativ wirkenden exceptio rei iudicatae die in integrum

---

11) §§ 33 e, 34 J. de act. 4,6. — § 10 J. de except. 4,13.

12) Mühlenbruch, Pandekten I S. 286, freilich unter Annahme einer Novation. — Wetzell § 47 Anm. 14. — Heldmann S. 20.

13) § 5 J. de except. 4,13. — l. 13 C. de usuris 4,32. — l. 4 C. depositi 4,34.

14) Ebenso: Dernburg, Preussisches Privatrecht I § 136. — Bethmann-Hollweg III S. 257 ff., S. 297 ff. — Westerburg a. a. O. X S. 29 ff. — Unger II S. 530. — Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht 2. Aufl. I S. 502. — Crome, System des bürgerlichen Rechts I S. 571 Anm. 7. — Besonders aber Cogliolo p. 45: „La sentenza consumava veramente e impediva qualunque ritentamento." Zum Teil übereinstimmend Kleinschrod S. 231, 233. — Buchka II § 13. — S. auch Windscheid-Kipp, Pandekten I

restitutio, die replicatio doli und andere Notbehelfe, die später allgemein zulässig wurden.[15]

Hieraus dürfte sich zur Genüge ergeben, dass eine wiederholte Geltendmachung desselben Anspruchs nach dem Urteil auch im Justinianischen Rechte ausgeschlossen war. Fühlte sich der Kläger nicht befriedigt, so gab es nur die Klage aus dem Richterspruch, die Judikatsklage.

III.

Für diese gelten die früheren Grundsätze, namentlich in subjektiver Beziehung. Doch hob Justinian den Unterschied zwischen Kognitur und Prokuratur auf, indem er die letztere zur unmittelbaren Stellvertretung machte.[16] Die Änderung des tempus iudicati ist bereits erwähnt. Über die Verjährung herrscht Meinungsverschiedenheit. Die Unverjährbarkeit hatte schon Theodosius II. durch die l. 3 C. de praeser. XXX ann. 7,39 beseitigt. Seitdem nimmt die herrschende Meinung, die in der actio iudicati mit Recht eine selbständige Klage sieht, die für eine solche geltende dreissigjährige

---

§ 130 Anm. 24 a. — l. 4 pr. C. de in ius voc. 2,2: „Ὁ ἅπαξ αἰτιασάμενός τινα .... τῷ πρώτῳ διθαστῇ παραμενέτω". — l. 12 § 1 C. de iudiciis 3,1: „μετὰ γὰρ προκάταρξιν δικαστὴς ἕτερος ἢ συνδικαστὴς μὴ αἰτείσθω". — l. 1 § 3 C. de adsert. toll. 7,17. — l. 16 D. de pign. 20,1. — l. 9 § 1 D. de re iud. 42.1.

15) Bekker, Aktionen I S. 317 ff. — Rudorff § 79 a. E. — Bethmann-Hollweg II S. 103 Anm. 105, 107.

16) l. 28, 31 pr., 61 D. de proc. 3,3. — l. 4 pr. D. de re iud. 42,1. — l. 9 D. de doli mali exc. 44,4. — l. 86 D. de solut. 46,3. — Lenel § 197. — Wenger S. 181 ff. — Keller, Litiskontestation S. 325.

Verjährung an,[17] welche auch auf die von ihr materiell nicht verschiedene imploratio officii iudicis auszudehnen ist. Dagegen wenden andere, welche die imploratio als zur „Mutteraktion" gehörig betrachten, auf sie die vierzigjährige Verjährung der Litispendenz an,[18] gewiss mit Unrecht, zumal diese nach den Worten des Gesetzes nur dann inbetracht kommt, wenn die Parteien den Prozess „in medio tempore" unterbrochen haben.

Andererseits behauptet Eisele, dass die actio iudicati für das Kognitionsverfahren bedeutungslos geworden sei, da die Vollstreckung durch imploratio officii iudicis beantragt wurde.[19] Demgegenüber ist zu betonen, dass im Kognitionsprozess jede Klage mit einer postulatio (imploratio) an Stelle der in ius vocatio eingeleitet wurde. Die actio iudicati des Kognitionsprozesses unterscheidet sich daher von der des Formularverfahrens, wie jede actio des ersteren von einer des letzteren[20]. Lenel nimmt aufgrund sehr zweifelhafter Textstellen eine actio proiudicati an, in der Eisele eine byzantinische

---

17) Windscheid, Aktio S. 113 Anm. 4. — Savigny V S. 325. — l. 9 C. cit. 7,39.

18) Heffter, System des Zivilprozesses § 517 Anm. 62. — Linde in der Giessener Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess II S. 180. — Heldmann S. 30. — Vergl. aber l. 9 C. cit. 7,39. — Für die im Text vertretene Ansicht: Savigny V S. 325. — Wetzell § 47 Anm. 113. — Wächter III S. 50 Anm. 47. — Bayer, Vorträge über ordentl. Zivilprozess 9. Aufl. S. 1121.

19) S. 182 ff. — Ähnlich Rosshirt S. 80.

20) l. 1 pr., § 6 D. de susp. tut. 26,10. — Wenger S. 226. — Buchka II S. 79, 215.

Form der actio iudicati nachweist[21] — ein blosser Wortstreit, den man auf sich beruhen lassen darf. Dagegen geht aus den Quellen hervor, dass die actio iudicati nach wie vor praktisches Recht war, am klarsten aus der l. 27 D. de re iud. 42,1: „. . . nihil proponi, cur iudicati agi non possit". Eisele S. 188 wirft hier dem Modestinus ungenaue Redeweise vor, wozu er umsoweniger berechtigt erscheint, als die anderen Stellen zu demselben Ergebnis führen.[22]

Man darf also behaupten, dass die actio iudicati ihre Geltung auch im spätrömischen Recht behalten hat, wenn sie auch von dem einfachen Antrag auf Vollstreckung (imploratio officii iudicis) nur in den Fällen zu unterscheiden ist, in denen es aus einem der oben erwähnten Gründe zum förmlichen Judikatsprozess kam.[23]

21) Lenel § 200. — Eisele S. 183 ff. — Wenger S. 87 ff., S. 223. — Bülow im Archiv für zivilistische Praxis LXXXIII S. 92 Anm. 48. — l. 7 § 13 D. de pactis 2,14: „si paciscar, ne proiudicati . . . . ", dazu Scholion 30 bei Heimbach, Basil. I S. 572.

22) l. 1 C. de re iud. 7,52. — l. 13 § 4 D. de pign. 20,1. — l. 75 D. de iud. 5,1. — l. 9 pr., 40 pr., 41 D. de minor. 4,4. — Für die Ansicht des Textes: Linde S. 180. — Bayer S. 1020.

23) Einige Schriftsteller wollen beide Formen wahlweise nebeneinander gelten lassen: Heffter § 272. — Wetzell § 47 Anm. 116. — Linde, Lehrbuch des gemeinen Zivilprozesses § 370. — Renaud, Lehrbuch des gemeinen Zivilprozessrechts 2. Aufl. S. 465. — Das ist unmöglich, weil, wie oben erwähnt, im Kognitionsprozess actio iudicati und imploratio nicht zwei verschiedene Rechtsmittel, sondern nur verschiedene Stadien eines Rechtsmittels sind. Die l. 3 pr., § 1 D. ne vis fiat 43,4 beweist deshalb nichts, weil sie keinen ordentlichen Prozess voraussetzt. Wetzells Unterscheidung von Geld- und Nichtgeldkondemnation macht denselben Fehler; denn auch letztere konnte zum Judikatsprozess führen.

Zweiter Abschnitt.

Die Fortentwickelung der Judikatsklage im gemeinen Recht.

Kapitel I.

Das Vollstreckungsverfahren.

Im altdeutschen Recht erfolgte die Rechtsverwirklichung durch aussergerichtliche Selbsthilfe, die, wenn sie rechtmässig war, durch gerichtliche Bestrafung der Widersetzung geschützt wurde.[1] Später bildete sich ein Pfändungsverfahren aus, das anfangs ohne, dann nur mit richterlicher Erlaubnis statthaft war, bis es schliesslich ganz unter Leitung des Richters kam. Der Gläubiger beantragte die Pfändung und setzte sich selbst für die Rechtmässigkeit seines Anspruchs zum Pfande. Einer besonderen Form bedurfte der Antrag nicht.

Diese Entwickelung hat mit der des römischen Vollstreckungsverfahrens manche Ähnlichkeit. Der spätrömische Prozess war in der italienischen Wissenschaft und Praxis den veränderten Verhält-

1) Vergl. zum folgenden Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I S. 183, II S. 445 ff. — Degenkolb S. 109.

nissen angepasst und auf der einen Seite seiner unleugbaren Härte, auf der andern seiner übertriebenen Milde gegen böswillige Schuldner entkleidet worden.

Als er in dieser Gestalt im 15. Jahrhundert nach Deutschland kam, fand er schnell Aufnahme, wie die Kammergerichtsordnung von 1495 beweist. Aus dieser ging er als sog. gemeiner Prozess bald in die territorialen Gerichtsordnungen über. 1521, 1555 und namentlich durch den Jüngsten Reichsabschied (1654) wurde die KGO. umgestaltet, nicht zum wenigsten mit Rücksicht auf den schleppenden Gang der Vollstreckung.[2] Auch diese zunächst nur für das Reichskammergericht bestimmten Gesetze waren für ganz Deutschland bedeutsam, wie sich aus den Bestimmungen des JRA. § 137 ergibt: „. . . dass die Churfürsten und die Stände des Reichs bey ihren Gerichten die Verordnung thun sollten, damit, so viel wie möglich, bey denselben die norma des kammergerichtlichen Prozesses observiret werde, insofern nicht ein anderer modus eingeführt und beständig hergebracht wäre."

Die folgende Untersuchung wird daher den Prozess des Reichskammergerichts zugrunde legen und die Abweichungen der territorialen Praxis nur, soweit tunlich, berücksichtigen.

---

2) Einleitung zur KGO. von 1521. — RDA. von 1600 § 65 „Der punctus executorialis, so der fürnemste Teil iudicii ist." Aus dieser Bemerkung will Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts II S. 600 schliessen, dass für die Judikatsklage das Prozessgericht zuständig war; aber Judikatsklage und Exekutionsantrag ist nicht dasselbe.

Das gewöhnliche Verfahren bei der Vollstreckung war folgendes: Auf Antrag des siegreichen Klägers wurden sog. Executoriales an den Beklagten erlassen, mit dem Befehl, den Kläger binnen einer bestimmten Frist zu befriedigen und dies in dem sog. Paritionstermine nachzuweisen.[3] „Dann ist gedachten beklagten zu würcklicher Vollziehung dieser Urthel Zeit 3 Monaten pro termino et prorogatione von Amptes wegen angesetzt, mit dem anhang, wo Er solchem also nicht nachkommen wird, dass er jetzt alss dann, und dann alss jetzt, in die poen 10 Marck löthiges Goldes, halb dem Kaysserl. Fisco, und zum andern halben Theil ermeldtem Kläger unnachlässig zu bezahlen, hiermit erkläret seyn, auch wegen der real-Execution, auf ferneres Ansuchen, ergehen soll, was recht ist.“ Kam Beklagter diesem Befehl nicht nach, ohne im Paritionstermin zulässige Einreden vorzubringen, so ergingen ursprünglich „arctiores executoriales“ unter Ansetzung eines neuen Termins[4],

---

3) Nach der KGO. von 1495 § 23 ergingen besondere excutoriales — „quae eodem modo ac olim amplius in usu non sunt“ sagt Lauterbach. collegii theorico-pract. l. 42 tit. 1 § 32 — während sie nach der KGO. von 1555 (p. III tit. 48 § 1 ff.) dem Urteil angehängt wurden. Ebenso JRA. § 159: „in ipsa sententia . . . . [soll] ein geraumer Termin zur Parition und ad docendum de paritione, bey der, den Exekutorialn einverleibten ordinari Straff . . . angesetzt werden“.

4) KGO. 1521 tit. 31 § 1. — 1555 p. III tit. 48 § 2. — JRA. § 160: „In welchem Termin der Condemnatus, ob er parirt habe oder nicht, anzuzeigen schuldig, und ihm derenthalben weiter Zeit nicht gegeben werden, wo er aber solches nicht thäte, solle alsdann auf Anrufung des obsiegenden Teils vermög ergangener Urtheil er in die darinn benannte Pön samt Kosten und Schaden erklärt“.

und wenn auch dieser verstrich — später schon nach Versäumung des ersten Termins — auf erneuten Antrag des Klägers ein Mandatum de exequendo an den Kreisobersten bezw. die Ortsbehörde auf Vollstreckung des Urteils. Widersetzte sich der Beklagte, so verfiel er der Reichsacht, wofür später Straferhöhung eintrat.[5]

Dieses Verfahren war vor dem Kammergericht üblich, wenn das angefochtene Urteil bestätigt wurde. Trat dagegen kraft Privilegs oder aus anderen Gründen kein Devolutiveffekt ein oder wurde die Appellation zurückgezogen, so erfolgte die Vollstreckung per viam mandatorum executorialium an den Unterrichter.[6] Dieser war streng an seinen Auftrag gebunden und für die Entscheidung über Einreden nach richtiger Ansicht nicht zuständig.[7] Innerhalb des Reiches war allgemein Rechtshilfe geboten;[8] aber auch ausländische Urteile konnten — entgegen der ausdrücklichen Vorschrift in c. 2 Clem. de sent. et re iud. 2,11, welche solche Urteile für nichtig erklärte — im Inland vollstreckt werden (s. unten S. 51).

5) JRA. §§ 76,161. — Visit. Absch. 1713 § 83. — Gail, practicarum observationum lib. I obs. 113 n. 15,16. — Seyfart, Teutscher Reichsprozess I cap. 32 §§ 5,7. — Vgl. Kurmärkische KGO. von 1709 tit. 54 § 1.

6) Mynsinger, singularium observationum cent. IV obs. 94, c. V obs. 94, c. VI obs. 24. — Gail I obs. 113 n. 13,14 und dort Zitierte.

7) c. 5 X. de sent. et re iud. 2,27. — Stryk, usus modernus h. t. (42,1) § 47.

8) KGO. 1555 p III tit. 49. — JRA. § 160 ff. — Kurmärk. KGO. tit. 54 §§ 6,7. — Nov. XVII c. 14. — Stryk a. a. O. § 47. — Gail a. a. O. n. 16. — Seyfart a. a. O. § 3.

Dass ein freisprechendes Urteil gegen den Berufungsbeklagten nicht vollstreckt wurde, versteht sich zwar von selbst, wird aber von allen Schriftstellern ausdrücklich betont: „Quia se ipsam exequitur (scil. sententia), cum absolutus exceptione rei iudicatae tutus sit". Auch der unterlegene Teil kann nicht Vollstreckung gegen sich fordern.[9]

Die Vollstreckung selbst erfolgte durch Gerichtsboten aufgrund der Urteilsurkunde. Die „Ordnung der Kammerbotten in Exequiren"[10] sagt darüber im § 1 folgendes: „Wann nun der Bott an solchen Ort kommt, soll er demselbigen, wider den die Prozess ausgangen seyn, treulich nachfragen, und, wo er den haben mag, ihm die ausgangene Prozess unter Augen verkünden, das Original, oder so er sonst mehr Verkündung zu thun hätt, ein gleichlautend Copey davon überantworten, und ihm das Original zeigen und lesen zu lassen".

Hier zeigt sich also das Aktenwesen, das schon im spätrömischen Prozess für das Schicksal der Judikatsklage bedeutsam geworden war, sehr weit ausgebildet.

---

9) Gail a. a. O. n. 18. — Renaud S. 465. — Seufferts Archiv VIII No. 32.

10) Reichsabschied von 1538. — Vgl. auch § 13 der preussischen verbesserten Land-Reuter-Ordnung von 1709. — ChilianKönig, Processus vnd Practica der gerichtsleuffte cap. CIII unter V zählt übrigens für das sächsische Recht 5 Formen der Vollstreckung auf: „mit gewapenter hand, auffsetzunge einer peen, pfenden, eid, ins gefengnis legen", von denen die Gefangenschaft durch cessio bonorum abgewendet werden konnte. Im Unvermögensfalle durfte der Schuldner dem Gläubiger bis zur Abarbeitung der Schuld zugesprochen werden. (a. a. O. unter XI).

Kapitel II.

Die Anwendung der Judikatsklage.

Die Judikatsklage hatte schon im späteren römischen Recht an Bedeutung verloren, und die Entwickelung des italienischen Prozesses war ihr nicht günstig. Hier hatte sich ein Verfahren ex officio iudicis gebildet,[1] das dem summarischen Prozess ähnelte, aber durchaus auf dem Gedanken der richterlichen Hilfe beruhte. Es erforderte meist keine förmliche Klage („iudicis officium loco principalis actionis ponitur")[2] und trat damit in bewussten Gegensatz zum Verfahren ex actione. Hieraus ergab sich eine Umgestaltung der Vollstreckung. Denn während grundsätzlich die actio iudicati das ordentliche Vollstreckungsmittel darstellte,[3] trat in dem Verfahren ex officio eine imploratio officii iudicis an ihre Stelle.[4] Hier war der Richter executor und unbehindert durch drohende Appellation, während bei der förmlichen actio iudicati der Richter cognitor war. Allerdings bot letztere den Vorteil, dass auch die Zinsen die Judikatssumme eingeklagt werden konnten, wofür man aber die Gefahr endloser Verschleppung durch Appellationen

1) Vergl. zum folgenden Endemann, Zivilprozess nach kanonischer Lehre in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess XV Heft 2 S. 177 ff., 317 ff.

2) Durantis, speculum iuris I p. 1 de off. omn. iud. § 2 pr.

3) Rosshirt S. 114 ff., 126, 143 bestreitet das Vorkommen der actio iudicati (infolge der irrigen, oben S. 38 zurückgewiesenen Voraussetzungen) und behauptet, dass die italienischen Quellen, wenn sie von actio iudicati sprächen, die imploratio meinten (S. 143)!

4) Glossa iure suae potestatis ad l. 3 pr. D. ne vis fiat 43,4 sagt: „Id est officio".

u. s. w. eintauschte. Die Wissenschaft suchte dem dadurch vorzubeugen, dass sie bald nur ein summarisches Verfahren im Judikatsprozess zugeben, bald Appellationen abschneiden wollte — und schliesslich durch Bevorzugung der imploratio. Dazu kam, dass die actio iudicati durch Ausbildung einer aggressiven Nichtigkeitsbeschwerde, die man nach Art der alten revocatio in duplum gestaltete, die Bedeutung eines Rechtsmittels verlor und so um eine, wenn auch nebensächliche, Funktion ärmer wurde.[5]

In Deutschland, wo von altersher die Vollstreckung nur auf Antrag erfolgt war, brachte man naturgemäss der Judikatsklage wenig Verständnis entgegen, und so konnte es kommen, dass ältere und neuere Schriftsteller die Judikatsklage im gemeinen Recht für antiquiert halten.[6]

Das ist ein Irrtum Freilich bedarf es im allgemeinen zur Einleitung der Vollstreckung keines neuen Prozesses mit Klaglibell und Litiskontestation, sie erfolgt vielmehr auf einfachen Antrag.[7] Allein daraus, dass die Judikatsklage meist nicht erhoben zu werden braucht, folgt nicht, dass sie nicht erhoben werden kann; und in der Tat hindert

5) c. 4 X. de procurat. 1,38. — c. unic. Clem. de sequ. poss. et fruct. 2,6. — c. 1 Clem. de sent. et re iud. 2,11. — Wetzell S. 784 ff.

6) Stryk lib. 42 tit. 1 §§ 48,65; vergl. aber § 66. — Seyfart a. a. O. (der die actio iudicati überhaupt nicht erwähnt) — Göschen I S. 511 (nicht ausdrücklich). — Renaud § 159 Anm. 13. — Heffter, Institutionen S. 260, anders im System § 517 Anm. 62 mit § 272. — Windscheid, Pandekten I § 129 Anm. 1.

7) Stryk a. a. O. § 48 „non quod novus processus institui debeat"; „speciali processu non est opus". — Gail a. a. O. n. 9. — Lauterbach a. a. O. § 39. — Mevius, decisiones p. VI dec. 1.

uns nichts an dieser Annahme, wenn man auch Hubers Bemerkung: „quo nihil inutilius negotiique naturae adversum magis videtur“ nicht ganz Unrecht geben kann.[8]

Schon manche der älteren Juristen unterscheiden hier zwischen Theorie und Praxis. Theoretisch war die Judikatsklage mangels entgegenstehender Bestimmungen überall zulässig, und man kann den Gegnern dieser Ansicht nachweisen, dass sie sich von der Praxis irreleiten liessen. Diese gab regelmässig der Judikatsklage nur in den Ausnahmefällen statt, in denen der einfache Antrag — wie beim ausländischen Urteil — überhaupt nicht oder nur schwer zum Ziele geführt hätte. Jedoch scheinen Abweichungen von dieser Regel nicht selten vorgekommen zu sein. Immerhin stand einer unbeschränkten Zulassung der Judikatsklage das Bedenken im Wege, dass nach dem Fortfall der allgemeinen Prozessstrafen der Schuldner schrankenloser Schikane des Gläubigers preisgegeben gewesen wäre.

Sehr deutlich geht der erwähnte Unterschied zwischen Theorie und Praxis aus Königs Darstellung hervor:[9] „Wenn der part, für den das vrteil gesprochen ist, bittet die volendunge des-

8) Huber, praelectionum iuris civilis l. 42 tit. 1 § 50 a. E. — Mynsinger c. VI obs. 24 n. 2 spricht ausdrücklich von „actio quae ex sententia oritur“. Ebenso — wie oben — Bayer S. 448. — Wetzell § 47 Anm 116. — Heffter, System § 272. — Buchka II S. 214 Anm. 30 ff. — Linde § 171. — Sintenis I S. 341 gibt der imploratio den Vorzug, hält aber an der actio iudicati fest.

9) Processus vnd Practica cap. C III unter II.

selbigen aus dem gesprochen vrteil, vnd also aus der gerechtigkeit vnd aktion desselbigen, als denn mus er seine clage wie in andern rechtlichen forderungen vberantworten, vnd die hülffe mit recht erlangen. Agitur enim tunc actione descendente ex sententia . . Aber wo der den Richter schlechts ersücht, bittet jn er wölle jm sein Richterlich ampt hirinne mitteilen, vnd den beclagten weisen das er jm nach meldung des vrteils ausrichtung thu etc. welchs dem Richter also amptshalber zuthun gebürt, so wird also hirinne auff solche bitte verfarn, et sic per viam praecepti. Und ist nicht not das des irgent eine clage vberantwortet werde. Und diser weg ist der schlechtest (=einfachste) vnd zurichtigste, welcher gemeinlichen also in vbunge gehalten vnd practicirt wird".

Ganz ähnlich äussern sich Gail und Lauterbach. Es fragt sich nun, welches die Fälle sind, in welchen die Praxis die Judikatsklage stets zuliess. Huber[10] zählt vier verschiedene Klassen auf: „1. Quando dubitatur an iudicatum sit. 2. Quando quis negat sententiam contra se esse latam vel ad se pertinere. 3. Quando sententia non continet rem certam, sed incertam qualitatem, veluti cum in fructus perceptos, in usuras, in id quod interest aut alternative condemnatus est. 4. Si victus longis frustrationibus executionem remoratus fuerit, ut res

10) a. a. O. § 50. — Vergl. dazu für die italienische Praxis die übereinstimmenden Ausführungen bei Scaccia, tractatus de sententia et re iudicata gloss. 4 qu. 11 n. 2, 38.

interim non extet amplius, adeoque ad aestimationem agendum sit".

Die Judikatsklage fand also statt, wenn die Begründung des Judikatsanspruches nicht aus den Akten zu erbringen war — schon wegen Verlustes der Urteilsurkunde —, wenn der Beklagte seine Passivlegitimation bestritt und wenn der Anspruch illiquid war, sämtlich Fälle, in denen auch im heutigen Recht die Judikatsklage am Platz ist.

Der erste Fall dürfte eine verhältnismässig grosse Rolle gespielt haben, namentlich, wenn die Vollstreckung durch einen ersuchten Richter erfolgte; denn die Verkehrssicherheit liess zu wünschen übrig. Die zweite Klasse umfasst die Fälle, in denen der Beklagte bestritt, dass ein Urteil gegen ihn oder seinen Rechtsvorgänger (vel ad se pertinere) gefällt sei; auch das Bestreiten der Aktivlegitimation des Klägers gehört hierhin, obwohl Huber es nicht erwähnt. Übrigens hatte in diesen Fällen der Kläger die Möglichkeit, die gewöhnliche Vollstreckung gegen den Beklagten zu betreiben und dessen Einwendungen abzuwarten; erfolgten sie, so hatte der Kläger damit freilich nichts gewonnen. Die dritte und vierte Klasse Hubers gehört im ganzen auch dem modernen Rechte an und bedarf deshalb hier keiner längeren Erörterung. Nur der Fall der alternativen Verurteilung macht insofern eine Ausnahme, als im heutigen Recht der Gläubiger, wenn dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, die Vollstreckung wegen der einen Leistung betreiben, der Schuldner

sich aber bis zu ihrer Vollziehung noch durch die andere befreien kann.

Auch Gail (a. a. O. n. 12) bestätigt das Vorkommen der Judikatsklage: „Quandoque tamen in Camera Imperiali libellus admittitur et lis super eo contestatur“ und führt als Beispiel die Exekutionsintervention an, bei der also, abweichend vom heutigen Recht, der Gläubiger gegen den Intervenienten die Judikatsklage erhob.

Dass man die Klage aber auch noch in anderen Fällen zuliess, beweist eine interessante von Huber (a a. O. § 49) mitgeteilte Entscheidung des Reichskammergerichts in Sachen „Tjardi van der Leli appellantis contra R. S.“ vom Jahre 1681. T. v. d. L. war verurteilt worden, dem Kläger dessen Ring oder den Wert zurückzuerstatten. Darauf erhob der frühere Kläger Judikatsklage auf Rückgabe des Ringes; Beklagter machte die angeblich alternative Verurteilung geltend und erbot sich, den Wert zu zahlen. Kläger replizierte, dass die Alternative nur gelte, falls der Ring nicht mehr vorhanden sei, worauf das Gericht den Beklagten nach dem Antrage verurteilte. Die Appellation des Beklagten wurde von dem Reichskammergericht verworfen.

Man wende nicht ein, dass hier die Judikatsklage obligatorisch war, da eine alternative Verurteilung vorgelegen hätte. Der Gläubiger erhob Klage, obwohl er der entgegengesetzten Ansicht war, und beide Gerichte traten ihm hierin bei. Wäre die Judikatsklage nur bei alternativer Verurteilung zulässig gewesen, so hätte man den Kläger abweisen

und auf die imploratio verweisen müssen, die zweifellos zum Ziel geführt hätte. — Ein schlagenderer Beweis dafür, dass die Judikatsklage auch ausserhalb der Regelfälle vorkam, lässt sich kaum denken.

Von grösster Bedeutung für die praktische Anwendung der Judikatsklage war, dass sich die gerichtliche Zuständigkeit für sie selbständig bestimmte. Wohnten z. B. die Parteien weit vom Sitz des Appellationsgerichtes entfernt, welches das erste Urteil bestätigt hatte und deshalb für die Vollstreckung zuständig war, so konnte der Gläubiger den Schuldner in dessen allgemeinem Gerichtsstand mit der Judikatsklage in Anspruch nehmen; ebenso, wenn sich der Vollstreckung durch das ursprüngliche Gericht tatsächliche Hindernisse entgegenstellten.

Der selbständige Gerichtsstand der Judikatsklage wird zwar vielfach bestritten, geht aber aus den Quellenstellen und den Äusserungen der damaligen Schriftsteller unzweifelhaft hervor. Zasius gibt dem drastischen Ausdruck: „Et haec actio (scil. iudicati) est aliquando necessaria et commoda .... Si pars veniat et dicat: Domine iudex, ego obtinui in aliquo loco sententiam, quae transivit in rem iudicatam et quia non potest consuli executioni in loco fori, peto quod vos sententiam illam exequamini .... ita dicitur actio iudicati quae potest proponi coram quolibet ordinario.[11]

1) Zasius, comment. in tit. dig. de re iud. 42,1 ad l. intra (l. 7 D. h. t.) n. 6 ff — Ebenso glossa in provinciis ad l. 15 § 1 D. h. t. — l. 45 § 1 D. de iud. 5,1. — Wetzell § 47 Anm 115. — Puchta § 176. — Renaud S. 466, sowie die Praxis: Seufferts Archiv XI No. 104, XX No. 190. — Gegen diese Ansicht wird

Diese Bestimmungen wurden auch auf ausländische Urteile übertragen. Ursprünglich hatte man sie im Inlande nur vollstreckt, wenn die Partei die sog. litterae mutui compassus sive subsidiales vorweisen konnte. Als diese aber später ausser Übung kamen, liess man eine Judikatsklage aus dem fremdländischen Urteil zu, die hier also ausschliesslich zum Ziel führte.[12]

Das Gleiche galt für die Vollstreckung von Schiedssprüchen. Über die spätere Entwickelung beider Institute ist im dritten Abschnitt zu sprechen.

Die Judikatsklage war also noch in Übung, und zwar stets als echte Judikatsklage auf Verurteilung des Schuldners aus dem Judikatsanspruch. Mit der römischen actio iudicati stimmt sie grundsätzlich überein, weicht aber in vielen Einzelheiten von ihr ab, die später zu erwähnen sind.

---

gewöhnlich Mynsinger c. III obs. 68 zitiert, aber an dieser Stelle ist überhaupt nicht von der Judikatsklage die Rede, sondern von der Vollstreckung durch den ersuchten Richter. — Gegen obige Ansicht: Buchka II S. 216. — Bayer S. 1122. — Planck II S. 601; vergl. oben Kapitel I Anm. 2. — Dagegen sieht Wetzell S. 985 in der selbständigen Zuständigkeit den einzigen praktischen Unterschied zwischen actio iudicati und imploratio.

12) Gail, de pace publica l. II cap. 17 n. 35. — Renaud S. 56. — Savigny, System VIII S. 260. — Wetzell S. 469 Anm. 30. — Vergl. Did. Covarruvias a Leyva, practicarum quaestionum liber cap. X, XI. — Erkenntnis des OAG. Cassel vom 21. II. 1854 in Seufferts Archiv XI No. 104: Die imploratio sei öffentlichrechtlich und daher gegenüber ausländischen Urteilen unstatthaft, während die actio iudicati auf der rein zivilrechtlichen obligatio iudicati beruhe; daher sei nur diese am Platz. — Dagegen das Stuttgarter Obertribunal in Seufferts Archiv VII No. 263, ferner Gesterding. Ausbeute von Nachforschungen II S. 310 und Ummius, disputationum XXIII ad processum iudiciarium directae disp. XXIII n. 6.

Über den Judikatsprozess herrscht Streit. Folgt man den Praktikern, die hier massgebend sein dürften, so war das Verfahren summarisch. Zwar weiss weder Chilian König noch die Mehrzahl der italienischen Juristen hiervon zu berichten, allein Ummius führt ausser der Berufung auf ein Gewohnheitsrecht einen Ausspruch des Zasius über die Notwendigkeit dieser Massregel an, ohne die „processus esset in infinitum et esset caput Hydrae".[13] Das ist zutreffend; denn da die poenae temere litigantium fortgefallen waren, hätte sich im gewöhnlichen Prozess manchen Gläubigern ein weites Feld zur Betätigung ihrer Streitlust und zur Schädigung ihrer Schuldner eröffnet.

Mag man sich dazu theoretisch stellen, wie man will, die ältere Praxis, namentlich am Reichskammergericht, hat jedenfalls den summarischen Prozess bevorzugt. In der letzten Zeit des gemeinen Prozesses hat sich das aber geändert, wenigstens ist von einem summarischen Judikatsprozess nicht mehr die Rede.

Kapitel III.

Klaggrund und Sachlegitimation.

I.

Die Judikatsklage ist ein prozessuales Mittel zur Geltendmachung des aus dem Urteil erwachsenen

13) Ummius disp. XXIII n. 19. — Gail I obs 113 n. 9—11. — Zasius a. a. O. ad l. intra n. 10, wo er von der gegenteiligen Meinung sagt: „Videtur mihi, salva viri venia, ista opinio ridicula."

zivilrechtlichen Anspruchs. Dieser ist anstelle des ursprünglichen Anspruchs getreten, der nach dem Satze bis de eadem re ne sit actio (oder richtiger ne sit iudicium) durch das Urteil seine Klagbarkeit verloren hat. Insofern entspricht der Hergang dem spätrömischen Rechte. Allein der Satz ne bis in idem findet seine Rechtfertigung nicht mehr in der Gestaltung des Prozesses,[1] sondern es macht sich ein, wenn auch vorerst rein zivilrechtlicher, Anspruch auf Sicherheit gegen Missbrauch des Rechtsweges geltend. Auch die Römer empfanden dies schon als letzten Grund ihrer prozessualen Einrichtungen, wie die oben S. 21 erwähnte l. 6 D. de exc. rei iud. 44,2 beweist, ohne indessen daraus Folgerungen für seine Durchsetzung zu ziehen.

Die spätere Gesetzgebung wie die Rezeption haben hieran nichts geändert, und auch für die Gegenwart hat der Satz in dieser Bedeutung seine Geltung behauptet. Das Reichsgericht erkennt dies mit den Worten an: „Der Schuldner, welchem die nochmalige Verhandlung über dieselbe Sache angesonnen wird, muss befugt sein, die darin enthaltene Zumutung an Zeit und Kosten zurückzuweisen.“[2]

1) Heldmann S. 34.

2) Entscheidungen in Zivilsachen XVI S. 431. — Ebenso Buchka II S. 211—214. — Linde § 171. — Wetzell § 47 Anm. 12 ff. — Bekker, Aktionen II S. 350—351. — Bethmann-Hollweg III § 156. — Westerburg a. a. O. IX S. 225 ff., X S. 29 ff. — Unger II S. 683 ff. — Seufferts Archiv VI No. 165, 321; VII No. 14; VIII No. 117; XII No. 254 u. a. — Die hiergegen zitierte Entscheidung XXXVI No. 16 wendet sich nur gegen zu weit gehende Folgerungen aus dem Prinzip. — Dagegen Wächter, Pandekten I S. 568.

Eine Ausnahme für den Fall zu gestatten, dass der Gläubiger ein berechtigtes Interesse an der abermaligen Verurteilung des Schuldners hat, liegt umsoweniger Veranlassung vor, als gerade zu diesem Zweck die Judikatsklage gegeben ist.

Demgegenüber behaupten einige Schriftsteller, die negative Funktion der exceptio rei iudicatae, mit der die Konsumption geltend gemacht wird, sei für das gemeine Recht fortgefallen, womit dem ne bis in idem seine Grundlage entzogen sei.[3] Einzig die positive Funktion der Einrede bestehe noch zu Recht. Hierunter versteht aber Windscheid lediglich die Einrede, dass bereits res iudicata gegen den Kläger vorliege, Kleinschrod ausser einigen zu weit gehenden positiven Folgerungen dasselbe. Diese positive Funktion deckt sich mit der oben behaupteten negativen zum grössten Teil; der Hauptunterschied besteht darin, dass Windscheid die Einrede dem verurteilten Beklagten versagen will, was zu unhaltbaren Folgerungen führen müsste. Erst als sich im neuesten gemeinen und heutigen Recht der Gedanke der staatlichen Geltung des ne bis in idem durchsetzte, konnte auf die negative Funktion der exceptio rei iudicatae verzichtet werden. Windscheids Annahme unterbricht ohne Not den historischen Zusammenhang und widerspricht der Praxis.

Die positive Funktion der exceptio rei iudicatae, zu der sich schon im klassischen römischen Recht

3) Windscheid, Aktio S. 65, 68 ff. — Kleinschrod a. a. O., besonders S. 233.

Ansätze finden, wird für das spätere Recht kaum mehr von jemandem geleugnet. Aber man darf sie nicht so weit ausdehnen, wie Kleinschrod, der einer actio confessoria die exceptio rei iudicatae entgegenstellen will, wenn der Kläger früher mit einer rei vindicatio auf das jetzt als praedium dominans bezeichnete Grundstück abgewiesen worden ist.

II.

Für die Rechtskraft und damit den Kreis der Personen, für und gegen welche die Judikatsklage zulässig ist, gilt im ganzen dasselbe wie im römischen Recht: Res iudicata ius facit inter partes, Universalsukzessoren eingeschlossen.[4] Dagegen wird die Judikatsklage nicht mehr gegen den procurator, sondern gegen den dominus litis, wie schon im spätrömischen Recht, erteilt und zwar deshalb, weil der dominus gezwungen war, sich vor dem Reichskammergericht durch einen Anwalt vertreten zu lassen.[5] Eine Ausnahme sei der Merkwürdigkeit halber erwähnt. Bei Beleidigungsklagen ging das Urteil und damit die Judikatsklage gegen den Anwalt „ad evitandam infamiam."[6] Der tutor, curator und syndicus (Vertreter einer Körperschaft) unterlag nicht mehr der Judikatsklage. Der Grundsatz der un-

4) Carpzov, processus iuris in foro Saxonico tit. XVI art. IV § 2 ff. — Huber a. a. O. § 53. — Lauterbach a. a. O. § 30.

5) Lauterbach a. a O. § 13. — Gail I obs. 111 n. 2. — Mynsinger c. VI obs. 11 n. 2. — KGO. 1555 p. I tit. 25.

6) Gail I obs. 111 n. 3, II obs. 102 n. 7. — Mynsinger c. VI obs. 11 n. 3.

mittelbaren Stellvertretung war allgemein durchgedrungen.[7]

Von der Stellung des Testamentsvollstreckers, Konkursverwalters und einiger anderer Personen wird bei der Darstellung des geltenden Rechtes die Rede sein.

Die Ausdehnung der Rechtskraft auf Singularsukzessoren ist auch hier, wie im römischen Rechte, streitig. Die zeitgenössischen Schriftsteller bejahen sie allgemein unter Berufung auf die oben S. 25 ff. besprochene lex Saepe (l. 63 D. de re iud. 42,1) und stellen meist als einziges Erfordernis auf, dass der zunächst berechtigte Singularsukzessor die Führung des Prozesses seinem auctor überlassen hat.[8] Unterstützt wird diese Theorie besonders durch die Vorschrift des c. 25 X. de sent. et re iud. 2,27: „Quamvis regulariter aliis non nocent res inter alios iudicatae, ei tamen, qui, cum primum de ea re actio vel defensio competebat, sustinuit sequentem agere, ac illi etiam, qui passus est eum, a quo causam habuit, experiri, est praeiudicium generatum."

Die Praxis des Kammergerichts folgte dieser Auffassung, jedoch mit Beschränkung auf dingliche Rechte.[9] Man darf dabei nicht übersehen, dass nach seiner ganz entschiedenen Rechtsprechung eine Veräusserung des Streitgegenstandes während des

7) Lauterbach a. a. O. § 30. — Ummius disp. XXIII n. 7. (letzterer will jedoch nur eine actio utilis gegen den Vertretenen geben.)

8) Carpzov a. a. O. § 3 not. 2. — Stryk a. a. O. § 51 ff. — Leyser, meditationes ad pandectas specim. 472 med. 1.

9) Gail I obs. 118 n. 2 ff.

Rechtsstreites nichtig war, und zwar von der Erlassung des ersten Dekrets an den Beklagten ab.[10] Der bösgläubige Erwerber hatte die Sache zurückzugeben und der Veräusserer den Entgelt an den Fiskus abzuliefern, während er dem gutgläubigen Erwerber den Wert nebst $33^1/_3$ % Zuschlag zu erstatten hatte.[11] Später fielen diese Strafen fort, und man gab dem Gläubiger eine Judikatsklage unmittelbar gegen den Dritten.[12] Von der oben erwähnten Klage gegen den Singularsukzessor unterscheidet sich diese dadurch, dass sie nicht von vornherein gegen den Dritten gerichtet war.

Kapitel IV.

Einreden und Besonderheiten.

I.

Das römische Recht hatte gegen die Judikatsklage ausser den Einreden, welche sich gegen die Geltendmachung des Judikatsanspruchs richteten, auch einige aus dem ersten Prozess zugelassen, wie namentlich die exceptiones Sc. Macedoniani und Velleiani. Das kanonische Recht verlangte jedoch, dass sie sofort oder in continenti, d. h. in 3 Tagen, liquid gestellt würden, widrigenfalls sie ausgeschlossen

10) c. 50 C. 11 qu. 1. — c. 3 X. ut lite pend. nih. innov. 2,16. — c. 2 Clem. eod. 2,5. — Gail a. a. O. — Stryk a. a. O. § 60. — Mevius p. VIII decis. 380. — Bayer S. 553. — Wetzell § 47 S. 599.

11) Fragm. de iure fisci § 8. — l. 5 § 1 C. de litigiosis 8,36. — c. 3,4. X. cit. 2,16.

12) Mevius a. a. O. — Stryk a. a. O. § 62. — Lauterbach l. 44 tit. 6 § 7. — Covarruvias a Leyva cap. XV n. 7.

sein sollten.[1] Das entspricht dem summarischen Verfahren, wie es später am Reichskammergericht beobachtet wurde.

Hier liess man die exceptio nullitatis notoriae — „welcher exception nullitatis gemeinlichen die advokaten, welche die sache verzihen wöllen, gebrauchen" klagt Chilian König[2] — sowie im ganzen neun peremptorische Einreden zu, welche sich nicht gegen den ersten Anspruch richteten.[3]

Ob das auch für das spätere gemeine Recht Geltung hatte, ist mit Rücksicht auf die Vorschriften des JRA. bestritten. Dieser bestimmt in § 37, dass der Beklagte auf die Klage zu antworten habe „mit hinfüriger Verwerff- und Abschneidung des Wegs der Peremtorialien, Elisionum, Additionalium und anderer waserley Artikulen", und lässt in § 78 fernere Einreden nur zu, wenn der Kläger in seiner Replik neue Tatsachen vorbrachte oder der Beklagte bewies, dass er von seinen Einreden nicht früher Gebrauch machen konnte.

---

1) Briegleb, Geschichte des Exekutivprozesses S. 221 ff. — Wetzell § 47. — Vergl. übrigens l. 14 § 1 C. de comp. 4,31.

2) a. a. O. unter III. — Doch war die exceptio nullitatis unzulässig, wenn der Beklagte in derselben Sache schon zweimal rechtskräftig verurteilt war: c. 1 Clem. de sent. et re iud. 2,11.

3) Durantis l. II p. I § 3 n. 14. — Bartolus ad l. 1 C. de iuris et facti ign. 1,18 n. 2 ff. — Gail I obs. 113 n. 4 ff. und die dort zitierten Italiener. — Übrigens erwähnt König a. a. O. unter diesen Einreden die im römischen Recht sehr streitige des Vertrages „das pact nicht zu bitten". — Die spätere italienische Praxis liess Einreden gegen das Judikat selbst nicht mehr zu: Scaccia gl. 4 qu. 11 n. 52. — Vgl. auch die brandenburgische Gesetzgebung KGO. (1709) tit. 23 § 12.

Das war deutlich genug, um jeden Zweifel auszuschliessen. Aber die Praxis kümmerte sich um das Gesetz so wenig, dass man ganze Kataloge von Einreden – gegen die Vollstreckung, mithin auch gegen die Judikatsklage — aufstellte, die z. B. bei Berlich 55, bei Martini 43 Nummern umfassten. Stryk, dem ich diese Angaben entlehne, betont jedoch ausdrücklich, dass die Zulassung dieser Einreden mit § 37 des JRA. im Widerspruch stände, während Carpzov, Huber und Seyfart daran keinen Anstoss nehmen.[4] Lauterbach (a. a. O. §§ 37, 38, 40) erwähnt dagegen ausser dem beneficium competentiae nur Einreden gegen die Geltendmachung des Judikatsanspruchs, über deren Zulässigkeit kein Zweifel besteht.

Die neueren Schriftsteller haben die Frage verschieden behandelt, wie die Litteraturübersicht bei Gesterding (S. 218 ff.) ergibt. Doch scheint es mir nach mehr als hundertjähriger feststehender Gerichtsübung zwecklos, über ihre Berechtigung zu streiten.

II.

Die wenigen Besonderheiten der actio iudicati waren teilweise, wie die satisdatio iudicatum solvi und die poena dupli, bereits im Justinianischen Rechte

4) Stryk a. a. O. § 48. — Carpzov tit. XXV art. VI §§ 4, 6. — Huber a. a. O. § 57. — Seyfart cap. XXXII § 22; er verlangt stets Liquidität. — Das Landesrecht schwankt; Sachsen scheint die Einreden zugelassen zu haben (vgl. Carpzov, dagegen Stryk a. a. O.), während Brandenburg sie grundsätzlich ausschloss; doch war die Praxis weniger streng. Vgl. Kurmärk. KGO. tit. 23 § 12 und Seyfart a. a. O.

fortgefallen. Im kanonischen Recht erhielt sich nur das tempus iudicati, das bei persönlichen Klagen 4 Monate (mit der Befugnis zu anderer Festsetzung), bei dinglichen Klagen 10 Tage betrug,[5] sowie die Judikatszinsen mit 12%.[6]

Auch dies änderte sich im gemeinen Recht Die Judikatszinsen kamen ausser Übung; Lauterbach will sie zwar in Höhe der gesetzlichen Zinsen (5 %) beibehalten wissen, begründet aber seine Ansicht nicht.[7] Das tempus iudicati blieb bestehen, kam aber in seiner alten Dauer wohl nirgends zur Anwendung, da die Praxis dem Richter Abweichungen gestattete.[8] Am Reichskammergericht galt bei persönlichen Klagen die sächsische Frist von 6 Wochen und 3 Tagen, bei dinglichen das richterliche Ermessen.[9] Im 18. Jahrhundert scheint das letztere auch bei persönlichen Klagen entschieden zu haben, denn Seyfart (a. a. O. § 8) sagt, es seien „in denen höchsten Reichs-Gerichten 2 oder 3 Monath in denen Executorialibus vorgeschrieben, nachhero auch noch

---

5) c. 15 X. de sent. et re iud. 2,27. — Durantis l. II p. III § 4. — Endemann S. 316.

6) In der italienischen Praxis 5—6%; Scaccia gl. 14 qu. 31 n. 2.

7) a. a. O. § 31. — Dagegen Savigny VI S. 412.

8) Gail, de pace publica II c. 4 n. 23, c. 17 n. 23. — Stryk a. a. O. § 15. — Lauterbach a. a. O. § 34 — Mevius p. IV decis. 400.

9) Gail I obs. 113 n. 1; de pace publ. II c. 17 n. 23. — Lauterbach a. a. O. — Im sächsischen Recht galt bei dinglichen Klagen eine 14tägige Frist: König a. a. O. unter IV. — Carpzov tit. XXV art. III §§ 1, 2.

2 oder 3 paritoriae von gleicher Frist (!) beygefüget worden . . . bey Kleinigkeiten aber kurtze Fristen von 8 oder 14 Tagen".

Die Judikatsklage verjährte, wie im römischen Recht, in 30 Jahren.

Dritter Abschnitt.

Die Fortentwickelung der Judikatsklage im heutigen Recht.

A. Die Judikatsklage im allgemeinen.

Kapitel I.

Begründung der Judikatsklagen.

Die deutsche Zivilprozessordnung beseitigte den gemeinen Prozess, soweit er überhaupt noch in Geltung stand. Das Verfahren wurde zum grössten Teil umgestaltet, namentlich die Vollstreckung. Für diese war die Aufnahme der französischen Grundsätze von grosser Bedeutung. Unter dem Einfluss der Lehren von der Teilung der Gewalten und der Reinhaltung des Richterstandes wurde die Vollstreckung von der Rechtsprechung getrennt und selbständigen, unabhängigen Organen übertragen.

Damit war die regelmässige Form der Vollstreckung gegeben. Sie setzt als Vollstreckungstitel ein rechtskräftiges Urteil (§§ 704, 708—711 ZPO.) oder einen gesetzlich gleichgestellten Tatbestand (§ 794) voraus. Das Urteil wird dem Gläubiger auf

Antrag in einer vollstreckbaren Ausfertigung durch den Gerichtsschreiber übergeben (§ 724); diese dient als Nachweis über die bei den Akten befindliche Urschrift und wird vom Gläubiger dem Gerichtsvollzieher ausgehändigt, der daraufhin die Vollstreckung vornehmen kann. Denn die Urteilsausfertigung ergibt die Parteien, sowie Grund, Umfang und Fälligkeit des Anspruchs.

Das ist die neue Form der gemeinrechtlichen imploratio officii iudicis. Nun fanden sich aber Fälle, in welchen diese Form der Vollstreckung nicht angängig schien, sei es, weil ihr formelle Voraussetzungen fehlten, oder sei es, weil durch sie das Interesse des Gläubigers nicht genügend gewahrt worden wäre - Fälle, in welchen das gemeine Recht die Judikatsklage gewährte.

Hier griff das neue Recht durch eine Reihe von Einzelbestimmungen ein, die, obwohl systemlos und den jeweiligen Verhältnissen angepasst, sich auf wenige Grundformen zurückführen lassen und als letzten Notbehelf stets eine Klage geben.

Diese Vollstreckungsklagen sind in der Zivilprozessordnung verschieden gestaltet, erscheinen aber hauptsächlich in zwei scharf geschiedenen Formen: Als Klagen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel und als Klagen auf Erlass des Vollstreckungsurteils.

In einigen anderen Fällen fehlt es an gesetzlichen Bestimmungen, so dass sich Theorie und Praxis genötigt sahen, unter Anlehnung an die bestehenden

neue Formen nach allgemeinen Grundsätzen zu schaffen.

Diese einzelnen Vollstreckungsklagen werden vielfach unter dem Ausdruck Judikatsklagen zusammengefasst. Das ist insofern ungenau, als es den Anschein erwecken könnte, als ob alle diese Klagen auf die gemeinrechtliche Judikatsklage zurückführten Allerdings haben sich einige von ihnen, wie besonders die Klage aus dem ausländischen Urteil auf Erlass des Vollstreckungsurteils, aus der gemeinrechtlichen Judikatsklage, die zuletzt gerade auf diese Verhältnisse ihre hauptsächliche Anwendung fand, entwickelt, ohne deshalb mit ihr identisch zu sein. Andere aber — und das ist die Mehrzahl — sind Neuschöpfungen, freilich auf einem Gebiete, das ehemals die gemeinrechtliche Judikatsklage beherrschte; und wieder andere sind auf dem gleichen Boden, wie erwähnt, aus den Bedürfnissen der Praxis erwachsen.

Der Ursprung und Charakter dieser Klagen ist also unter gleichen Voraussetzungen verschiedenartig. Gemeinsam aber und für die Abgrenzung entscheidend ist ihr Zweck: Sie sollen nach einem rechtskräftigen, im Einzelfall nicht vollstreckbaren Urteil, das sie zum Klaggrunde nehmen, ein zweites Urteil herbeiführen, das die Vollstreckung ermöglicht. Dadurch ersetzen sie tatsächlich die gemeinrechtliche Judikatsklage, und wenn auch der historische Zusammenhang mit dieser meist nur lose ist, so erscheint es doch unbedenklich, diese Klagen unter der Bezeichnung Judikatsklagen zusammenzufassen,

so lange es an einem zutreffenderen Gesamtnamen fehlt. Denn auch der m E. beste, von Richard Schmidt vorgeschlagene, Name „Vollstreckungsklagen" ist zu allgemein und würde z. B. die Klagen der §§ 767, 768, 771 ZPO. mit umfassen.

Eine ganz andere Frage ist es, ob neben diesen einzelnen Fällen einer Anwendung von Judikatsklagen noch eine allgemeine Judikatsklage wie im gemeinen Recht als ein dem Vollstreckungsantrag ebenbürtiges Mittel zur Herbeiführung der Zwangsvollstreckung anzunehmen ist.

Man hat das schon aus theoretischen Bedenken verneint.[1] Denn von einem zivilrechtlichen Anspruch aus dem Urteil, dessen Verwirklichung die Judikatsklage diente, ist in der gesamten Reichsgesetzgebung nicht die Rede — mit einziger Ausnahme vielleicht des § 218 BGB., der für den rechtskräftig „festgestellten" Anspruch eine dreissigjährige Verjährungsfrist festsetzt. Aber daraus folgt nicht die theoretische Unmöglichkeit einer Aufrechterhaltung der Judikatsklage.

Die Ursache der grundsätzlichen Abweichung vom römischen Recht liegt, wie namentlich Schwartz[2] betont, in der verschiedenen Auffassung der beiden Rechte vom Urteil Nach römischem Recht war das Urteil rechtsschöpfend, es setzte

1) Windscheid, Pandekten I § 129 Anm. 2 (anders aber Windscheid-Kipp eod.), sowie mit gewissen Einschränkungen: Brinkmann, Begründung der Klagen II § 349. — Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze 3. Aufl. S. 280, 281.

2) Absolute Rechtskraft, Sonderabdruck aus den Berliner Festgaben für Dernburg. S. 7.

einen neuen Anspruch anstelle des durch die Konsumption erloschenen. Das deutsche Recht misst dagegen im allgemeinen dem Richterspruch nur rechtserklärende Kraft bei, der alte Anspruch besteht fort, aber nur noch kraft des Erkenntnisses.

Seine wiederholte Geltendmachung ist ausgeschlossen. Der Satz ne bis in idem (sit iudicium), der in seiner römischen Fassung bis de eadem re ne sit actio der privaten Durchführung mit der exceptio rei in iudicium deductae bezw. rei iudicatae überlassen war, hat heute staatsrechtliche Geltung.[3] Es ist mit der absoluten Rechtskraft des Urteils unvereinbar, dass über den gleichen Anspruch nochmals ein Urteil ergeht, das vielleicht dem ersten widerspricht; ein Verzicht auf die Rechtskraftwirkung ist deshalb unzulässig.[4] Damit hat auch das heutige Urteil, nicht aber der Prozessbeginn, wie im römischen Recht, konsumierende Kraft.[5]

---

3) Schwartz a. a. O. — Hellwig. Anspruch und Klagrecht S. 167. Anm. 15, S. 168. — Bülow im Archiv für die zivilistische Praxis LXXXIII S. 1 ff.

4) Oertmann, Vergleich S. 205. — Schwartz a. a. O. — Der § 191 Abs. 2 des 1. Entwurfes zum BGB., der einen solchen Verzicht zuliess, ist namentlich auf Bülows Widerspruch hin gestrichen worden. Mit dem Verzicht auf die Rechtskraft ist der auf den Judikatsanspruch nicht zu verwechseln, der heute zulässig ist.

5) Ebenso Crome I S. 570 Anm. 4. — Im Ergebnis übereinstimmend: Windscheid-Kipp I S. 580 Anm. 26. — Unger II S. 683. — Förster-Eccius I S. 290. — Wendt, Pandekten S. 275. — Dagegen Dernburg, Preussisches Privatrecht I S. 137. Seine Ansicht würde dahin führen, dass der Gläubiger wiederholt die Vollstreckung gegen den Schuldner durchführen könnte; eine exceptio doli wäre doch höchstens ein Notbehelf, der den Schuldner nicht vor Verlust an Zeit und Geld schützen würde.

Allein wenn auch dem Urteil regelmässig eine rechtsschöpfende Wirkung nicht innewohnt, so darf man doch nicht verkennen, dass ein bestrittener Anspruch — und nur um solche handelt es sich hier — erst durch das bestätigende Urteil zu voller Wirksamkeit gelangt, so dass das Urteil Bedingung für diese ist. Wird sie später in Frage gestellt, so ist ein Zurückgreifen auf das Urteil erforderlich und ausreichend, und „insofern kann man sagen, dass für den Kläger durch das Urteil ein neuer Anspruch begründet wird“;[6] seine materiellrechtliche Wirkung lässt sich also nicht in Abrede stellen.

Der Anspruch, der sich hiernach auf das Urteil bezw. die vollstreckbare Ausfertigung desselben gründet, geht auf Entfaltung der vom Richter ausgesprochenen Rechtswirksamkeit des Grundanspruchs. Die ZPO. hat zu seiner Verwirklichung als prozessuales Mittel den Vollstreckungsantrag gegeben. Aber theoretisch besteht kein Bedenken, zu seiner Durchführung wie bei jedem Anspruch den Weg der Klage zu öffnen, einer Klage, die das Urteil zum Klaggrunde nimmt, der Judikatsklage.

„Die actio iudicati im materiellrechtlichen Sinn, als Anspruch auf Erfüllung eines Urteils, ist durch die moderne Entwickelung des Zivilprozesses nicht berührt worden“, sagt das Reichsgericht,[7] und da auch das BGB. hierüber keine Bestimmungen trifft, muss es bei dem allgemeinen Grundsatz bewenden.

---

6) Windscheid-Kipp I § 129 S. 564.
7) Seufferts Archiv XLII No. 3.

Gegenüber dieser theoretischen Zulassung der allgemeinen Judikatsklage fallen jedoch praktische Erwägungen entscheidend ins Gewicht. Zunächst sind die Bestimmungen über Judikatszeit und -Zinsen aufgehoben,[8] der siegreiche Gläubiger könnte also durch eine Klage aus dem Urteil nur erreichen, dass der Schuldner abermals verurteilt würde und, wenn er den Anspruch sofort zugestände, die Kosten nach § 93 ZPO. ihn (Gläubiger) träfen.

Ausserdem würde die unbeschränkte Zulassung der Judikatsklage, die sich mit der Lehre von der absoluten Rechtskraft zwar theoretisch — wie oben gezeigt — vereinbaren lässt, sie tatsächlich zu einer blossen Form herabdrücken, die sich ohne Mühe umgehen liesse.

Daher ist die grundsätzliche Zulassung der Judikatsklage aus praktischen Rücksichten zu verwerfen. Das hindert natürlich nicht, dass in allen Fällen, in denen ein berechtigtes Interesse des Gläubigers obwaltet, die theoretisch stets mögliche Judikatsklage praktische Verwertung findet.[9]

Die oben erwähnten einzelnen Fälle von Judikatsklagen, denen hier aus systematischen Rücksichten einige Anwendungsfälle der allgemeinen Judikatsklage gleichgestellt sind, lassen sich in drei Gruppen

8) EGZPO. § 14. — Windscheid-Kipp I S. 566 Anm. 5. — Übrigens hat die Novelle im § 721 bei Klagen auf Räumung von Wohnungen die Judikatsfrist wieder eingeführt.

9) Das Reichsgericht a. a. O. sagt: „In prozessualer Hinsicht kann wenigstens das nicht zweifelhaft sein, dass im Wege einer actio iudicati in den Fällen Klage angestellt werden kann, in welchen die Zwangsvollstreckung wegen eines rechtlichen Hindernisses nicht ohne weiteres zu erwirken ist".

sondern, je nachdem sich bei der beabsichtigten Vollstreckung ein Mangel im Grunde, im Anspruch oder in der Legitimation herausstellte, der eine Judikatsklage erforderlich machte. Diese drei Gruppen werden in den Kapiteln III—V des besonderen Teils einzeln behandelt werden.

Kapital II.

Allgemeine Regeln.

In den wenigen Anwendungsfällen der allgemeinen Judikatsklage können mangels gesetzlicher Vorschriften Zweifel über die Voraussetzungen der Klage entstehen, die hier zu besprechen sind, zumal sie auch bei einigen der gesetzlich geregelten Einzelfälle vorkommen können.

Klaggrund der Judikatsklage ist ein rechtskräftiges Urteil, nicht aber ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes;[1] denn dieses kann jederzeit wiederaufgehoben werden. Das Urteil kann auch von einem Strafgericht gefällt sein, soweit es einen Anspruch auf Busse begründet;[2] hier gelten die zivilrechtlichen Regeln über die Vollstreckung, doch tritt für alle gerichtlichen Entscheidungen das zuständige Zivilgericht an Stelle des Strafgerichtes.[3]

1) RG. III S. 338.

2) Mandry S. 427. — Kohler, Patentrecht 1. Aufl. S. 645, 2. Aufl. § 373.

3) StPO. § 495. — Löwe-Hellweg, Kommentar zur StPO. 10. Aufl. Anm. 5 zu § 495. — Preussische Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vom 1. XII. 1899 (JMBl. S. 680) § 91 Abs. 1. — Falkmann, Zwangsvollstreckung 1. Aufl. S. 21. Anm. 3. — RG. I S. 233.

Dasselbe gilt von dem mit Urteilswirkung ausgestatteten Beschluss über den Verfall einer Sicherheit nach § 122 StPO;[4] zuständig ist aber das Strafgericht. Dagegen gehören verwaltungsgerichtliche Urteile nur kraft besonderer Vorschrift hierher.

Dem rechtskräftigen Urteil hat die ZPO. für die Vollstreckbarkeit im § 794 einige andere Titel gleichgestellt. Für die Judikatsklage kommt nur der rechtskräftige Vollstreckungsbefehl inbetracht. Der Vergleich ist ein Rechtsgeschäft, das aus Zweckmässigkeitsgründen vollstreckbar gemacht ist und durch übereinstimmenden Parteiwillen jederzeit wieder aufgehoben werden kann;[5] es ist daher mindestens sehr fraglich, ob er zur Grundlage der Judikatsklage geeignet ist. Ich halte die Ziffern 1 und 2 des § 794 für singuläre Bestimmungen, die nichts für die judikatsähnliche Natur des gerichtlichen Vergleiches beweisen und eine Judikatsklage nicht zu stützen vermögen.

Ähnliches gilt, abgesehen von Ziffer 3, die hier überhaupt nicht in Frage steht, für die exekutorischen Urkunden der Ziffer 5, die an das alte nexum erinnern. Auf ihre Geschichte kann hier nicht eingegangen werden;[6] jedenfalls ergibt sich aus § 794, dass die Vollstreckbarkeit dieser Urkunden nicht auf ihre Judikatsnatur, sondern auf eine gesetzlich gebilligte Parteivereinbarung zurückzuführen ist.

4) Bunsen, Lehre von der Zwangsvollstreckung S. 12.

5) Oertmann S. 192. ff. Die hiergegen zitierte Entscheidung RG. XIII S. 96 spricht nur von der Klage auf das im Vergleich Zugesprochene.

6) S. darüber Mitteis S. 442. — Briegleb a. a. O.

Stellen sich ihrer Verwirklichung Hindernisse entgegen, so hat der Gläubiger Klage zu erheben, aber nicht aus der Unterwerfung unter die Vollstreckung, sondern aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis.[7] Die Klage ist also keine Judikatsklage.

Der Vollstreckungsbefehl ist schon als solcher vollstreckbar, erlangt aber erst mit dem Ablauf der Einspruchsfrist Rechtskraft und steht dann auch für die Begründung der Judikatsklage einem rechtskräftigen Endurteil gleich.

Dagegen ist das Feststellungsurteil des § 256 ZPO. keine Grundlage für die Judikatsklage. Denn diese bezweckt, einen bereits rechtskräftig festgestellten Anspruch, dessen Verwirklichung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht zu ermöglichen ist, durch ein neues Urteil vollstreckbar zu machen. Wird aber aufgrund eines Feststellungsurteils die Leistungsklage erhoben, so ist bisher nur das Rechtsverhältnis, nicht der Anspruch, festgestellt, und es ist Sache des Klägers, zu beweisen, dass der Anspruch aus dem Rechtsverhältnis folgt. Die Leistungsklage ist also keine Judikatsklage.[8]

Ausser der ZPO. ist namentlich die Konkursordnung für die Judikatsklage wichtig. Sie stellt in den §§ 164, 194, 206 Abs. 2 die rechtskräftige

7) Kohler, Über exekutorische Urkunden im Archiv für zivilistische Praxis LXXII S. 18. — Kommentare zur Zivilprozessordnung: Seuffert 6. Aufl. Anm. 4 a. E. zu § 702. — Wilmowski-Levy 7. Aufl. Anm. 7 zu § 702. — Struckmann-Koch 8. Aufl. Anm. 5 Abs. 1 zu § 794.

8) Anders Windscheid-Kipp I § 129 Anm. 2. — Heldmann S. 54. — Ebenso Seuffert Anm. 10 b zu § 231. — Förster-Eccius I S. 294.

Feststellung einer Forderung durch Eintragung in die Konkurstabelle bezw. im Zwangsvergleich einem rechtskräftigen Urteil gleich, wenn der Gemeinschuldner nicht widersprochen hat.[9]

Einen einzelnen Klaggrund enthielt § 293 der früheren ZPO. Hiernach war die Entscheidung über das Bestehen einer einredeweise geltend gemachten Gegenforderung der Rechtskraft fähig. Wurde die Klage daher aus einem andern Grunde abgewiesen, so konnte der Beklagte wegen seiner Gegenforderung die Judikatsklage erheben.[10] § 322 Abs 2 der neuen ZPO hat das beseitigt.

Dies dürften die wichtigsten Judikate und judikatsgleich wirkenden Rechtsvorgänge sein, auf die sich eine Judikatsklage stützen lässt. Sie sind namentlich dann von Bedeutung, wenn sie als Grundlage eines gesetzlich geregelten Falles der Judikatsklage vorkommen, und können dann leicht zu Verwickelungen führen. Gleichzeitig vervielfältigen sie die verschiedenen Möglichkeiten, wie sich z. B. die Klage gegen den Gesellschafter aus einem Judikat der offenen Handelsgesellschaft nicht nur auf ein Zivil- oder Strafurteil, sondern auch auf Feststellung im Konkurse, Vollstreckungsbefehl u. s. w. stützen kann.

Für die Sachlegitimation gelten die allgemeinen Bestimmungen, soweit nicht die später zu erörternden besonderen Sätze eingreifen. Einreden gegen das Judikat sind unzulässig, während für Einreden gegen

9) RG. XXXVI S. 62 spricht hier ausdrücklich von Judikatsklage.

10) Vgl. darüber Heldmann S. 52.

den Judikatsanspruch die allgemeinen Regeln gelten; das ergibt sich nicht nur aus der Auffassung der Judikatsklage als selbständiger Klage, sondern auch aus dem für die Vollstreckung geltenden § 767 ZPO.

Auch für den Gerichtsstand der Judikatsklage ist auf die allgemeinen Grundsätze zu verweisen.

In den gesetzlich geregelten Fällen sind hierüber Einzelbestimmungen getroffen, die bald das Prozessgericht erster Instanz, bald das des allgemeinen Gerichtsstandes für zuständig erklären. Jedenfalls ist es unzulässig, in den übrigen Fällen, wie Planck will, eine Zuständigkeit des Gerichts erster Instanz anzunehmen, für die sich keine Begründung erbringen lässt.[11] Oder will man in einer Klage, die auf förmliche Verurteilung des Schuldners geht, eine besondere Art der Vollstreckung erblicken? —

Die Verjährungsfrist der Judikatsklage ist, wie erwähnt, 30 Jahre (BGB. § 218).

B. Die Anwendungsfälle der Judikatsklagen.

Kapitel III.

Judikatsklagen wegen eines Mangels im Grunde.

I.

Die Zwangsvollstreckung setzt, abgesehen von der vorläufigen Vollstreckung, als Titel oder Grund ein rechtskräftiges Urteil voraus, für das eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt wird. Ist diese nicht

11) Ebenso Urteil des Landgerichts Metz, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess XIV S. 345. — Dagegen Planck II S. 601.

zu beschaffen, so ist eine Klage aus dem Urteil gegeben.

Solche Fälle treten ein: Wenn das Urteil nicht mehr vorhanden ist oder die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung rechtskräftig verweigert wird; wenn das Urteil im Ausland ergangen ist; wenn das Urteil von einem Schiedsgericht gefällt ist — die beiden letzteren Fälle kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift.

II.

Dass die gerichtlich verwahrte Urteilsurkunde verloren geht, wird sehr selten vorkommen. Geschieht es aber wirklich einmal, wie bei dem von Oertmann S. 211 erwähnten Brande des Amtsgerichts Tinnum auf Sylt, so hat das auf die Vollstreckung nur dann Einfluss, wenn der Gläubiger noch keine vollstreckbare Ausfertigung erhalten oder die erhaltene verloren hat. Treffen diese Umstände aber zusammen, so ist der Gläubiger auf den Weg der Judikatsklage verwiesen; denn eine Klage aus dem ersten Anspruch ist nach dem rechtskräftigen Urteil unzulässig.

Ebenso selten dürfte der Fall sein, dass das Gericht dem Gläubiger nach dem Verlust der ersten vollstreckbaren Ausfertigung die Erteilung einer zweiten verweigert, weil der Schuldner widerspricht. Denn § 733 Abs. 2 ZPO. schreibt nur vor, dass der Schuldner „gehört werden kann;“ das Gericht ist in seiner Entscheidung daher unabhängig. Ver-

weigert es die Erteilung einer neuen Ausfertigung ohne Rücksicht auf den Schuldner, so steht der Beschwerdeweg offen, und erst, wenn dieser erschöpft ist, oder wenn der Schuldner widersprochen hatte, ist gegen ihn die Judikatsklage zu erheben.[1]

Anders, wenn ein Vollstreckungsbefehl verloren geht. Dieser wird in Preussen auf die vom Gläubiger mit der Zustellungsurkunde eingereichte Urschrift des Zahlungsbefehls gesetzt und dann dem Gläubiger wieder ausgehändigt, wenn er nicht vorzieht, die Vollstreckung durch einen vom Gericht zu beauftragenden Gerichtsvollzieher zu beantragen. Abschriften werden weder vom Zahlungs- noch Vollstreckungsbefehl zurückbehalten,[2] und das Mahnregister verzeichnet zwar die Parteien und den Betrag der Forderung, aber nicht die in dem Vollstreckungsbefehl zu berücksichtigenden Kosten und Auslagen. Geht also ein Vollstreckungsbefehl verloren, so ist die Erteilung einer zweiten Ausfertigung auf den vollen Betrag unmöglich. Auch ein neuer Zahlungsbefehl kann nicht erlassen werden, da mit der Zustellung des ersten an den Schuldner Rechtshängigkeit eingetreten ist und — wie sich aus § 701 ZPO. ergibt — fortdauert. Es bleibt also dem Gläubiger, wenn er nicht auf Erstattung seiner Kosten und Auslagen verzichten will, nichts übrig, als Klage gegen den Schuldner zu erheben.

---

1) Einen solchen Fall erwähnt die Juristische Wochenschrift 1885 S. 310.

2) § 24 Ziff. 7 der preussischen Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte (JMBl. 1899 S. 412).

Diese Klage bezeichnet H e l d m a n n allgemein als Judikatsklage, m. E. mit Unrecht. Die Judikatsklage setzt ein rechtskräftiges Urteil voraus; der Vollstreckungsbefehl steht einem Versäumnisurteil gleich, das erst nach Ablauf der Einspruchsfrist volle Rechtskraft erlangt Geht aber der Vollstreckungsbefehl v o r der Zustellung verloren, und das dürfte bei Verlustfällen die Regel sein, so wird die Einspruchsfrist gar nicht in Lauf gesetzt; ein so verloren gegangener Vollstreckungsbefehl kann daher auch nicht rechtskräftig werden, und die Klage ist in diesem Fall keine Judikatsklage. Geht dagegen der Vollstreckungsbefehl n a c h der Zustellung verloren, so ist, wenn die Einspruchsfrist unbenutzt abgelaufen ist, der Vollstreckungsbefehl wie ein rechtskräftiges Urteil zu behandeln. Die Klage gegen den Schuldner ist in diesem Falle eine Judikatsklage.

III.

Über die Art und Weise, in der ausländische Urteile im Inland zu vollstrecken sind, herrschte im gemeinen Recht Streit. In seinem wesentlichsten Punkt, ob die Vollstreckung durch einfachen Antrag oder förmliche Klage herbeizuführen sei, hat die ZPO. zu gunsten der letzteren, herrschenden Meinung entschieden Man hält es für unvereinbar mit der Staatshoheit, dass die inländische Justiz sich zum „Diener fremder Gerichte“ mache. Ein Hinweis auf die rechtlichen Unterschiede scheint mir be-

gründeter. Planlose Vollstreckung jedes ausländischen Urteils könnte die sonderbarsten Folgen zeitigen, und der Gesetzgeber handelt richtig, wenn er die notwendige Prüfung des einzelnen Falles nicht untergeordneten Organen überlässt.

Über diese Grundfragen herrscht Einhelligkeit. Aber auch nur über diese.

§ 722 ZPO. schreibt vor, dass die Zulässigkeit der Vollstreckung durch ein Vollstreckungsurtei auszusprechen sei. An diesem Namen nehmen manche Anstoss und wollen die Klage auf Erlass des Vollstreckungsurteils nicht als Judikatsklage ansehen.[3] Aber gerade diese Klage ist auch historisch aus einem der Anwendungsfälle der gemeinrechtlichen Judikatsklage erwachsen. (Vgl. oben S. 51) Dagegen argumentiert z B. Heldmann so: Die Judikatsklage setzt ein voll rechtskräftiges Urteil voraus, während die Rechtskraft des ausländischen Urteils eine geminderte ist; ferner geht die Judikatsklage auf Verurteilung des Judikatsschuldners, während die Klage des § 722 nur einen Ausspruch über die Vollstreckbarkeit herbeiführt; und endlich lässt die Klage aus § 722 im Gegensatz zur Judikatsklage zum Beweis für das ausländische Urteil nur die Urteilsurkunde zu: Also ist die Klage keine Judikatsklage.

Prüfen wir diese drei Argumente, die sich einzeln auch bei andern Schriftstellern finden. Zweifellos setzt die Judikatsklage ein rechtskräftiges

3) Heldmann S. 55. — Rintelen in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess IX S. 207.

Urteil voraus, aber die Entfaltung dieser Rechtskraft muss gerade in irgend einer Hinsicht gehemmt sein, damit Veranlassung zur Klage aus dem Urteil gegeben ist. Das ausländische Urteil hat gegen den Schuldner volle Rechtskraft, die nur im Inland aus den erwähnten Gründen nicht ohne weiteres anerkannt wird. Wenn hier manche von geminderter Rechtskraft sprechen, so beruht das auf einer Verwechselung von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit. Denn diese ist kein Erfordernis der Rechtskraft, sondern eine ihr vom Gesetz beigelegte Folge, welche ihr weder notwendig - sie fehlt bei manchen Statusurteilen — noch ausschliesslich — vgl. die vorläufige Vollstreckbarkeit — zukommt. Die Klage gegen den Schuldner aus § 722 gründet sich auf ein voll rechtskräftiges Urteil, dessen Vollstreckung nur die Bestimmungen des § 723 entgegen stehen. Ein Bedenken gegen die Bezeichnung der Klage als Judikatsklage vermag ich aus diesem Punkt nicht zu entnehmen.

Ähnlich liegt die zweite Frage. Die Formulierung der Klage aus § 722 weicht von der für eine Judikatsklage zu erwartenden ab. Aber das ist nicht entscheidend. Das sog. Vollstreckungsurteil muss mit der Vollstreckungsklausel versehen werden,[4] gewiss ein merkwürdiger Formalismus, wenn das Urteil nur über die Zulässigkeit der Vollstreckung

4) Struckmann-Koch Anm. 2 zu § 724. — Seuffert Anm. 4 zu § 660. — Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 662. — Wach, Vorträge über Reichszivilprozess S. 231. — Keyssner im Journal du droit international privé IX p. 35. - Francke in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess VIII S. 10.

entschiede. Dies müsste ausserdem dazu führen, dass dem Beklagten jede Einrede gegen die materielle Zulässigkeit der Vollstreckung versagt bliebe. Er müsste also, wenn er inzwischen gezahlt hätte, ruhig die Zwangsvollstreckung über sich ergehen lassen und erst dann seinerseits — und zwar im Ausland! — klagend vorgehen — eine ungeheuerliche Folgerung, zu der sich z. B. Sarwey und Rintelen verstehen.[5] Heldmann sieht sich genötigt, wegen dieser „ausserordentlichen Härte gegen den Schuldner" sein Prinzip preiszugeben und gesteht selbst zu, dass sich mit Gestattung der Einreden die Klage aus § 722 der Judikatsklage nähere.

Auch ein Streit über die Legitimation der Parteien kann bei der Klage aus § 722 zur Erledigung kommen, wobei das inländische Gericht die Rechtsnachfolgerschaft u. s. w. zu prüfen hat.[6]

Der Unterschied von der Judikatsklage liegt also nur in der Formulierung und scheint mir deshalb belanglos zu sein (vgl. das S. 64 im ersten Kapitel Gesagte).

---

5) Sarwey, Zivilprozessordnung Anm. 2 zu § 661. — Rintelen S. 205. — Dagegen Francke S. 82. — Wach S. 531, 232; Handbuch des Zivilprozessrechts I S. 226 Anm. 18. — Brinkmann II § 361 Anm. 8. — Juristische Wochenschrift 1885 S. 123 No. 9. — Seuffert Anm. 1 Abs. 3 zu § 661. — Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 661. — Struckmann-Koch Anm. 2 zu § 723. — Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts S. 191.

6) RG. IX S. 374 und in Seufferts Archiv XXXVIII No. 366. — Wach, Vorträge S. 231, Handbuch I S 226 Anm. 18. — Keyssner p. 30. — Wilmowski-Levy Anm. 1 zu § 661. — Seuffert Anm. 1 Abs. 4 zu 661. — Dagegen Sarwey Anm. 2 zu § 661 (von seinem Standpunkt aus folgerichtig).

Wenn man endlich anführt, dass die Klage aus § 722 als Beweis für das Judikat nur die Urteilsurkunde oder eine Ausfertigung derselben zulasse, so besagt das für unsere Frage garnichts. Es handelt sich um eine Einschränkung der Beweisfreiheit aus Zweckmässigkeitsgründen, die nicht einmal im Gesetz ausgesprochen ist, aber von der herrschenden Meinung angenommen wird.[7] Man wird doch nicht behaupten wollen, dass die Klage im Urkundenprozess keine Klage sei, weil bei ihr die Beweisfreiheit ganz entsprechend beschränkt ist.

Kann der Beweis für das Judikat nicht auf diesem Wege erbracht werden, so ist die Vollstreckung im Inland ausgeschlossen. Eine allgemeine Judikatsklage, wie sie Heldmann für diesen Fall annimmt, ist unzulässig; sie würde die Vorschriften der §§ 722 und 723 illusorisch machen.[8]

Die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurteils ist also eine der besonders normierten Judikatsklagen [9]

7) So Keyssner p. 27. — Pigott, Foreign Judgments vol. I p. 467. — Ersterer will sogar nur ein nach § 438 Abs. 2 ZPO. legalisiertes Urteil gelten lassen, während Pigott gegenüber den anderen freie Beweiswürdigung according to the circumstances zulässt. (Seine Ausführungen beruhen auf Angaben von Vierhaus)

8) Ebenso RG. XVI S. 431, XXVI S. 130, XXXVI S. 384. — Juristische Wochenschrift 1885 S. 250 No. 4, 1886 S. 270 No. 16. 1895 S. 296 No. 17. — Seuffert Anm. 5 zu § 660. — Dagegen RG. VIII S. 387, IX S. 374.

9) RG. IX S. 374. — Francke S. 116. — Windscheid-Kipp I § 129 Anm. 1 (?) — Wach, Vorträge S. 231, Handbuch I S. 225 Anm. 18. — Planck II S. 601. — Förster-Eccius I S 293. — Juristische Wochenschrift 1885 S. 123 No. 9. — Auch die Begründung der ZPO. § 809 (§ 868, heute § 1042) spricht hier und analog für § 722 von actio iudicati. — Wenn Wilmowski-Levy

Klaggrund ist das rechtskräftige Urteil eines ausländischen Gerichts. Dabei ist unter Urteil ein den Rechtsstreit entscheidender und beendender Richterspruch zu verstehen. Das Gericht muss ein ordentliches Gericht mit Ausschluss der Verwaltungsgerichte sein.[10] Wach will auch — ohne Begründung — die Strafgerichte ausschliessen, wodurch die Vollstreckung von im Auslande zuerkannten Bussen vereitelt wäre;[11] dazu besteht rechtlich kein Anlass. Schiedsgerichte gehören nicht hierher

Das ausländische Urteil kann jedoch nach § 723 ZPO. nur anerkannt werden, wenn es die Voraussetzungen des § 328 erfüllt. Dieser verlangt:

1. dass die Gerichte des betreffenden Staates zuständig gewesen sind. Wie gegenüber diesem klaren Wortlaut des Gesetzes behauptet werden kann, dass die Zuständigkeit des einzelnen mit der Sache befassten Gerichtes begründet sein müsse,[12] ist schwer zu verstehen;

2. dass der unterlegenen deutschen Partei die Ladung in Person zugestellt ist;

3. dass einige Vorschriften des EGBGB. beachtet sind;

Anm. 2 zu § 660 und Endemann, der deutsche Zivilprozess III S. 132 die Klage actio ex iudicato, Struckmann-Koch zu § 722 sie eine „eigentümliche Art der actio iudicati" nennen, so ist das nur eine Umschreibung der oben vertretenen Ansicht.

10) GVG. § 13. — Francke S. 28.

11) Wach. Handbuch I S. 228. Dagegen (wie der Text) Seuffert Anm. 3 zu § 660.

12) Sarwey Anm. 2 zu § 661, früher auch andere Kommentare. — Wie oben: Francke S. 37. — Wach, Vorträge S. 230. — Kohler in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess X S. 472. — Seuffert Anm. 5 zu § 661.

4. dass das Urteil nicht gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstösst und

5. dass Gegenseitigkeit verbürgt ist. Hieran scheitert die Anerkennung meist.[13]

Die Prozessvoraussetzungen muss der Kläger beweisen;[14] Einreden sind, wie stets, nur gegen den Judikatsanspruch zulässig. Ob sich der Umfang der Rechtskraft nach deutschem oder fremdem Rechte beurteilt, ist streitig; die Grundsätze des internationalen Rechtes und die auf ihnen beruhende Vorschrift des § 723 Abs. 2 ZPO. rechtfertigen aber die letztere Meinung.[15]

Die Zuständigkeit für die Klage regelt sich laut § 722 Abs. 2 ZPO. nach den allgemeinen Grundsätzen — eine Sonderbestimmung, die deshalb nötig war, weil die ZPO. den Gerichtsstand in den übrigen Fällen abweichend ordnet.

Soweit in älteren Staatsverträgen ein blosser Antrag für zulässig erklärt war, tritt diese Bestimmung ausser Kraft; § 722 gestattet keine Ausnahmen — sie müssten denn durch Reichsgesetz zugelassen werden.[16]

---

13) Siehe Wach, Handbuch I S. 239 ff. — Francke S. 47 ff. — Übrigens ist für Österreich seit dem 1. I 1898 Gegenseitigkeit nicht mehr verbürgt: RG. XLI S 424.

14) RG. VI S. 373. — Keyssner a. a. O. — Francke S. 80. — Brinkmann II S. 604. — Struckmann-Koch Anm. 3 zu § 723. — Seuffert Anm. 2 zu § 661.

15) Vgl. Bar S. 182. — Wach, Vorträge S. 232. — Dagegen Francke S. 120.

16) Keyssner p. 28. „Un jugement d' exécution est indispensable". — Eine Ausnahme gilt für die preussischen Gesetze über die Rheinschiffahrts- bezw. Elbzollgerichte vom 8. bezw.

IV.

Das Urteil eines Schiedsgerichtes ist nicht ohne weiteres vollstreckbar. Dem Schiedsrichter fehlt die Zwangsgewalt, und der Staat leiht seine Hilfe nicht auf blosses Ersuchen. Vielmehr muss die Partei, welche die Vollstreckung herbeiführen möchte, nach § 1042 Abs. 1 ZPO. bei den ordentlichen Gerichten Klage auf Erlassung eines Vollstreckungsurteils erheben. Zur Begründung dieses Satzes wird meist, wie gegenüber dem ausländischen Urteil, auf die staatliche Gerichtshoheit verwiesen. Das ist richtig Ausserdem darf man nicht übersehen, dass die Vollstreckung eines Richterspruches über die Beteiligten hinaus Folgen zeitigen kann, die nur bei sicherer Rechtsprechung zu billigen sind, und man wird dem Gesetzgeber zugestehen, dass diese durch Schiedsgerichte nicht immer gewährleistet ist. Die Aufstellung einer Vollstreckungsklage beseitigt dieses Bedenken.

Die Klage ist eine Judikatsklage,[17] und zwar aus denselben Gründen wie die Klage des § 722. Da-

9. III. 1879 (§ 12 bezw. § 9) gemäss GVG. § 14. — Hierüber Francke S. 27

17) Ebenso Daubenspeck, Die Schiedsgerichte für Regulierung der Bergschäden S. 83. — Brinkmann II S. 602 ff. — Falkmann S. 4. — Struckmann-Koch Anm. 2 zu § 1042. — Planck II S. 601. — Förster-Eccius I S. 293, 248. — Dagegen Bornhak in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess XXX S. 26 ff. — Kohler in den kritischen Vierteljahrsschriften XXII S. 466 (s. den Text). — Wadlinger, Die Zwangsvollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Tübinger Dissertation 1896 S. 14 (weil hier nicht über den materiellen Anspruch verhandelt werde!). — Will man ganz korrekt sein, so mag man die Klage actio proiudicati nennen, um dem § 1040 gerecht zu werden — für die Praxis ist diese Unterscheidung bedeutungslos.

gegen behaupten Kohler und Bornhak, sie sei eine blosse Vertragsklage. Dem widerspricht folgendes: Eine Klage aus dem Schiedsvertrag geht auf Erfüllung dieses Vertrages d. h. nach der Legaldefinition des § 1025 auf Herbeiführung der Entscheidung eines Rechtsstreits durch Schiedsrichter. Die Klage aus § 1042 bezweckt aber nicht die Entscheidung eines Rechtsstreites, — denn diese ist bereits durch das Schiedsgericht erfolgt — sondern einen richterlichen Ausspruch darüber, dass die Vollstreckung dieser Entscheidung zulässig sei. Es ist begrifflich unmöglich, in der staatlichen Vollstreckung eine privatrechtliche Folge des Vertrages zu sehen; denn nicht der Vertrag, sondern das Gesetz verleiht einem Anspruch Vollstreckbarkeit. Die Klage des § 1042 ist daher keine Vertragsklage, sondern die Klage aus dem bereits erfüllten Vertrage, den das Gesetz in diesem einzelnen Fall im § 1040 einem rechtskräftigen Urteil gleichgestellt hat.

Die Judikatsklage des § 1042 ist der des § 722 nachgebildet. Während aber bei dieser der Klaggrund der Beurteilung des Gerichts entzogen ist, wenn er nur überhaupt vorhanden ist, unterliegt der Schiedsspruch der Nachprüfung durch das Gericht. Nach bestimmter Vorschrift des § 1042 Abs. 2 ZPO. darf das Vollstreckungsurteil nicht erlassen werden, wenn ein Grund vorliegt, wegen dessen die Aufhebung des Schiedspruches beantragt werden könnte. Diese Gründe sind im § 1041 aufgezählt und vom Beklagten geltend zu machen. Nur die unverzichtbaren Einreden muss der Richter von Amtswegen

berücksichtigen.[18] Das Reichsgericht will ausserdem noch die Erfordernisse der §§ 1025—1040 beobachtet wissen, doch erscheint das nur insoweit gerechtfertigt, als es sich um gesetzliche Erfordernisse des Schiedsspruchs (§ 1042 „Aus dem Schiedsspruche . . .") handelt, besonders im § 1030.

Durch die Zulassung dieser Einwendungen nähert sich die Klage, wie Heldmann S. 59 richtig bemerkt, der römischen actio iudicati, soweit diese die fehlende Nichtigkeitsbeschwerde ersetzte. Nach Erlass des Vollstreckungsurteils ist die Aufhebungsklage — ausser aus einem Restitutionsgrunde — unzulässig, Aufhebungsgründe können nur noch durch Rechtsmittel gegen das Vollstreckungsurteil geltend gemacht werden (ZPO. § 1043). Der Gläubiger ist daher selbst dann zur Erhebung der Vollstreckungsklage berechtigt, wenn der Schiedsspruch seinem Inhalt nach nicht vollstreckbar ist;[19] denn das Vollstreckungsurteil enthält auch die staatliche Anerkennung der Rechtskraft des Schiedsspruchs. Immerhin hat diese Anwendung der Klage wegen des § 1043 ihre Bedenken, zumal eine Feststellungsklage denselben Erfolg haben würde.

---

18) Ebenso Dernburg, Preussisches Privatrecht I S. 320. — Struckmann-Koch Anm. 2 zu § 1042. — Seuffert Anm. 2 zu § 868. — Daubenspeck S. 85 und Wilmowski-Levy Anm. 2 zu § 868 wollen auch die verzichtbaren Anfechtungsgründe, auf welche die Partei nicht verzichtet hat, der richterlichen Berücksichtigung anheimgeben. Doch scheint mir das auch von Brinkmann II S. 605 angeführte öffentliche Interesse (?) kein durchschlagender Grund zur Durchbrechung des Prinzips zu sein, zumal das Gesetz schweigt.

19) RG. XVI S. 420.

Zuständig ist für die Klage das im Schiedsvertrag bezeichnete und in Ermangelung eines solchen das für den Anspruch zuständige Gericht. Das Gesetz ist hier ungenau; es verweist im § 1046 auf den § 1045, obwohl dieser von dem ersten Anspruch, jener von dem Judikatsanspruch, redet oder reden müsste. Es kann vorkommen, dass für ersteren das Landgericht, für letzteren aber — weil das Schiedsgericht dem Gläubiger weniger zusprach — das Amtsgericht zuständig ist. Man wird also den § 1046 trotz des Wortlautes auf den Judikatsanspruch beziehen müssen.

Erfüllt der Schiedsspruch die Voraussetzungen des § 1042 nicht, so ist er überhaupt nicht vollstreckbar. Eine Klage auf Erfüllung des Schiedsspruches, wie sie das Reichsgericht [20] in diesem Fall geben will, würde eine andere Form der Judikatsklage neben der gesetzlich normierten darstellen und ist daher ebenso unzulässig, wie neben der Klage aus § 722. Nicht zu verwechseln ist hiermit die Klage aus dem Schiedsvertrage auf Herbeiführung eines neuen, formgerechten Schiedsspruchs, die natürlich stets zulässig ist, wenn der erste Schiedsspruch nicht vollstreckbar war.[21]

Diese Bestimmungen finden auch auf die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche Anwendung.[22] Man hat das bestritten und behauptet, dass der aus-

20) RG. XXX S. 368.

21) Wadlinger S. 81.

22) Ebenso Francke S. 28. — Wach, Handbuch I S. 250. — RG. V S. 397. — Piggott I p. 467.

ländische Schiedsspruch nur unter den Voraussetzungen der §§ 723, 328 ZPO. Grundlage eines Vollstreckungsurteils sein könne.[23] Aber für diese Gleichstellung von ausländischem Urteil und Schiedsspruch fehlt jeder Anhalt, zumal der inländische Schiedsspruch vom Urteil streng geschieden wird. Vielmehr ist der ausländische Schiedsspruch dem inländischen ganz gleich zu behandeln, sobald er Rechtskraft erlangt hat. Diese beurteilt sich nach den Gesetzen des fremden Staates,[24] die deutschen Bestimmungen sind hier so wenig anwendbar wie gegenüber dem ausländischen Urteil.[25]

Kapitel IV.

Judikatsklagen wegen eines Mangels im Anspruch.

Voraussetzung der Zwangsvollstreckung ist, dass der Judikatsanspruch bestimmt und von keiner Gegenleistung mehr abhängig ist. Als Beweis hierfür dient dem Gerichtsvollzieher die vollstreckbare Urteilsausfertigung. Es kommt aber oft vor, dass die Verurteilung unter einer Bedingung erfolgt ist oder auf eine Leistung geht, wegen deren Unterbleiben der Gläubiger sein Interesse geltend

23) Haarmann in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess I S. 384.

24) Anders Keyssner p. 36 „Cette disposition (§ 1040) s'applique également aux sentences arbitrales rendues à l'étranger".

25) Ähnlich Seuffert Anm. 3 zu § 868, der jedoch Zulässigkeit des Schiedsvertrages (im einzelnen Fall?) im In- und Ausland fordert. — Dagegen RG. V S. 397. — Wadlinger S. 30 verlangt Rechtskraft im Ausland und Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen der §§ 1025—1042.

machen kann. In solchen Fällen darf der Gerichtsvollzieher nicht zur Zwangsvollstreckung schreiten; der Gläubiger muss vielmehr erst die Beseitigung der Mängel herbeiführen.

So schreibt das bürgerliche Recht manchmal vor, dass der Gläubiger bei Nichtleistung seitens des Schuldners oder bei Unterlassung nicht erzwingbarer Handlungen sein Interesse beanspruchen darf.[1] Das findet auf den Prozess Anwendung, wenn der Schuldner zur Leistung verurteilt ist und die Vollstreckung — soweit sie überhaupt möglich ist — ergebnislos blieb oder bleiben würde (z. B. weil die Sache, zu deren Herausgabe der Schuldner verurteilt ist, zugrunde gegangen ist). Diese Interessenklage — zum Unterschied von der bürgerlichrechtlichen, welche von vornherein auf das Interesse geht — stützt sich stets auf das erste Erkenntnis als Klaggrund, ist also eine Judikatsklage.[2] Sie ist nach § 893 Abs 2 ZPO. bei dem Prozessgericht erster Instanz anhängig zu machen.

Ist die Vollstreckung eines Urteils „nach ihrem Inhalt" vom Eintritt einer Tatsache abhängig, den der Gläubiger zu beweisen hat, so gilt dasselbe wie in den unten zu erörternden Fällen der Rechtsnachfolge. Der Gläubiger hat den ihm obliegenden Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu führen und, wenn er dies nicht vermag, Judikatsklage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel zu erheben (§§ 726 Abs. 1, 731). Aber

1) Z. B. BGB. §§ 280, 283 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325. Die Höhe des Interesses bestimmt sich nach BGB. § 252.

2) Brinkmann II § 369. — Förster-Eccius I S. 294.

gerade für den wichtigsten Fall, die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug, ist der Gläubiger dieses Nachweises enthoben, die Judikatsklage daher ausgeschlossen (§ 726 Abs. 2).

Kapitel V.

Judikatsklagen wegen eines Mangels in der Legitimation.

I.

Nach Vorschrift des § 750 Abs. 1 ZPO. darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteil oder der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. Eine Vollstreckung, welche dies ausser acht lässt, ist wirkungslos.[1] Will der Kläger dieser Gefahr vorbeugen, so muss er die Judikatsklage erheben. Dazu ist er genötigt: Wenn eine der Parteien falsch bezeichnet ist, wenn der Gegner in einen Gesamtnamen einbegriffen und wenn das Urteil für und gegen Dritte rechtswirksam ist.

Es dürfte selten vorkommen, dass ein Urteil, in dem eine Partei falsch bezeichnet ist, Rechtskraft erlangt. Dem Oberlandesgericht Hamburg lag ein solcher Fall am 5. Juni 1888 zur Entscheidung vor.[2]

1) Wilmowski Levy Anm. 1 zu § 671. — Seuffert Anm. 4 zu § 671. — Ebenso das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen, die sich allerdings auf die Formvorschriften des Abs. 2 beziehen; doch muss für Abs. 1 dasselbe gelten.

2) Seufferts Archiv XLIV No. 61.

Der Beklagte, der einen allerdings ungewöhnlichen Namen führte, war unter einem ähnlich klingenden Namen geladen, vor Gericht erschienen und verurteilt worden. Das Versehen wurde erst entdeckt, als der Gerichtsvollzieher sich weigerte, das Urteil zu vollstrecken. Da nun das Urteil unter den — auch falsch bezeichneten — Parteien rechtswirksam ist, aber in diesem Fall wegen des Formmangels nicht vollstreckbar war, erhob der Gläubiger die Judikatsklage und erstritt ein obsiegendes Urteil. Aus diesem konnte dann die Vollstreckung erfolgen.

Das Gericht irrt aber, wenn es neben der Judikatsklage die Klage aus dem ersten Anspruch für zulässig erachtet. Das berechtigte Interesse, das nach Ansicht des Gerichtes hier für den Gläubiger vorhanden wäre, wird durch die Judikatsklage besser gewahrt, als durch eine grundlose und unberechtigte Durchbrechung des ne bis in idem.

II.

Der Fall, dass der Beklagte mit einem Gesamtnamen bezeichnet ist, tritt häufig bei solchen Personengemeinschaften ein, die keine juristische Persönlichkeit besitzen. Dabei ist jedoch zu unterscheiden, ob das Gesetz den betreffenden Gemeinschaften eine gewisse Selbständigkeit verliehen hat, wie der offenen Handelsgesellschaft, der Kommanditgesellschaft und den nicht rechtsfähigen Vereinen, oder ob es sie, wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, nur als Zusammenfassung ihrer Mitglieder anerkennt.

Es war im bisherigen Rechte streitig, ob der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft aus einem gegen sie erwirkten Urteil die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des einzelnen Gesellschafters betreiben könne. Die herrschende Meinung[3] verneinte das, denn obwohl die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person sei, bilde doch ihr Vermögen eine Sondermasse, die auch rechtlich von dem Privatvermögen der Gesellschafter zu trennen sei. Ein Urteil gegen die Gesellschaft sei daher gegen die einzelnen Gesellschafter zwar rechtskräftig, da die Firma rechtlich nur eine Gesamtbezeichnung für die solidarisch haftenden Gesellschafter darstelle, aber nicht vollstreckbar. Zu diesem Behufe müsse noch aus dem Urteil Klage gegen den einzelnen Gesellschafter — die Judikatsklage — erhoben werden.[4]

Die vielen Streitfragen, die sich hieran knüpften, hat das neue Handelsgesetzbuch abgeschnitten. Im Anschluss an die feste Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und Reichsgerichts wies es Labands Ansicht, dass die Absonderung des Gesellschaftsvermögens nur auf dem obligatorischen Verhältnis der Gesellschafter zu einander beruhe,[5] zurück und näherte die offene Handelsgesellschaft der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. Zur

3) ROHG. VI S. 417, IX S. 17, XII S. 261, XX S. 180. XXIV S. 159. — RG. III S. 57, 338, V S. 51, 70. XI S 114, XIII S. 96. — Thöl, Handelsrecht I S. 329 ff. — Binder S. 80. — Ausführliche Darstellung und Litteratur bei Heldmann S. 40 ff.

4) Hahn, Kommentar 4. Aufl. § 7 zu Art. 112 und die bei Heldmann S. 43 Anm. 2 Angeführten.

5) Laband in der Zeitschrift für Handelsrecht XXX S. 469 ff., S. 503. — Denkschrift S. 80.

Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen bedarf es aber eines Urteils gegen die Gesellschaft, eine Abweichung vom Grundsatz des § 736 ZPO., die mit der Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens gerechtfertigt wird.[6] Die offene Handelsgesellschaft ist keine juristische Person.[7] Das Urteil gegen sie ist daher gegen die Gesellschafter rechtskräftig und begründet für sie die exceptio rei iudicatae; zur Vollstreckung gegen sie bedarf der Gläubiger noch einer vollstreckbaren Ausfertigung auf ihren Namen, die er durch Erhebung einer Judikatsklage erwirkt.[8] Gewöhnlich wird die Klage gegen die Gesellschafter mit der gegen die Gesellschaft verbunden, doch ist es auch zulässig, unter Umgehung der Gesellschaft unmittelbar den Gesellschafter in Anspruch zu nehmen; eine Einrede, etwa der Vorausklage, steht diesem nicht zu.[9] Ist aber beides verabsäumt worden, so muss der Gläubiger aufgrund des Urteils gegen die Gesellschaft Judikatsklage gegen den Gesellschafter erheben. Dieser kann hiergegen nach Vorschrift des § 129 Abs. 1 HGB. nur noch persönliche, sowie die noch zulässigen Einreden der Gesellschaft geltend machen.

6) HGB. § 124 Abs. 2. — Begründung des Entwurfs eines Gesetzes betr. Änderungen der Zivilprozessordnung S. 150. — Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar 12. Aufl. S. 230.

7) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6 u. 7. Aufl. Anm. 8 zu § 105. — Makower S. 179. — Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 5. Aufl. S. 531.

8) HGB. § 129 Abs. 4. — Denkschrift S 94. — ROHG. VI S. 417. — Staub Anm. 15 zu § 124, Anm. 16 „eine Art actio iudicati".

9) ROHG. VII S. 385, XVII S. 288. — RG. XIII S. 96, XXXIV S. 365. — Staub Anm. 6 zu § 128.

Unter allen Umständen ist das Judikat Grundlage der Klage Es ist daher ein doppelter Irrtum, wenn Cosack mit Rücksicht auf eine „Beschränkung der Rechtskraft" des Urteils von einem Präjudiz spricht.[10] Denn erstens ist nicht die Rechtskraft des Urteils, sondern nur seine Vollstreckbarkeit beschränkt, und zweitens ist das Präjudiz nicht, wie das Judikat, Klaggrund, sondern Klagetatsache. Dieser letztere Unterschied ist nicht nur ein theoretischer: Ist z. B. infolge einer Nichtigkeitsklage das Urteil aufgehoben, so muss eine Judikatsklage, die dasselbe zum Klaggrunde nimmt, als unbegründet abgewiesen werden, während eine Klage, die das Urteil nur als Präjudiz verwertet, aus anderen Gründen zur Verurteilung führen kann.[11] Eine solche Klage ist hier jedoch unzulässig, da über den Anspruch bereits mit Rechtskraft gegen die Gesellschaft und die Gesellschafter entschieden ist.

Über den Umfang dieser Rechtskraft herrscht Streit. Nach Staub trifft sie alle, die zur Zeit des Prozesses Gesellschafter waren bezw. später in die Gesellschaft eingetreten sind[12]; dass die vor Beginn der Rechtshängigkeit aus der Gesellschaft Ausgeschiedenen gleichfalls der Rechtskraft unter-

10) S. 543: Die Rechtskraft sei wegen der dem Gesellschafter zustehenden Einreden beschränkt. Aber diese richten sich, wenn der Beklagte überhaupt Gesellschafter ist, nur gegen die Vollstreckung, nicht gegen das Urteil.

11) Der siegreiche Beklagte kann daher das Urteil stets nur als Präjudiz benutzen. Vergl. Seufferts Archiv IX No. 336. Der einzige Fall, in dem ihm eine Judikatsklage zustand, ist durch die Novelle zur ZPO. beseitigt. S. darüber oben S. 72.

12) a. a. O. Anm. 18.

liegen, wie andere annehmen, scheint mir nur soweit gerechtfertigt, als die Ausgeschiedenen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften.

Die Regeln, die hiernach für die offene Handelsgesellschaft gelten, finden nach § 161 Abs. 2 HGB. auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung. Nur sind die Gläubiger in ihrem Zugriffsrecht gegen den Kommanditisten auf den Betrag seiner Haftsumme beschränkt. Binder S. 82 will dem Kommanditisten deshalb nur eine „sehr modifizierte Gläubiger- oder Schuldnerrolle" zugestehen und die Judikatsklage gegen ihn versagen. Ist das schon wegen des Art. 165 des alten Handelsgesetzbuchs zweifelhaft, so ist es für das neue sicher unrichtig. Der Kommanditist ist Gesellschafter — wenn man will, allerdings nur zweiter Klasse — und als solcher kraft des Gesamthandprinzips Subjekt und Objekt aller Rechte und Pflichten der Gesellschaft, was namentlich auch daraus erhellt, dass die Gläubiger der Gesellschaft wegen jeder Gesellschaftsschuld unmittelbar gegen den Kommanditisten Klage erheben können.[13] Aus einem rechtskräftigen Urteil gegen die Gesellschaft erwächst daher gegen die persönlich haftenden Gesellschafter und die Kommanditisten die Judikatsklage.

Ähnliches gilt von den nichtrechtsfähigen Vereinen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sie können nach § 50 Abs. 2 ZPO. als solche verklagt werden und unterliegen mit ihrem Vermögen der Zwangsvollstreckung, für

13) HGB. § 171. Vergl. §§ 161, 163, 168.

welche nach § 735 ein gegen den Verein ergangenes rechtskräftiges Urteil erforderlich ist. Durch diese Bestimmungen, die an eine allerdings schwankende Praxis des Reichsgerichts anknüpfen,[14] ist einer Unzahl von Streitfragen der Boden entzogen. Reicht das Vereinsvermögen nicht aus, so kann der Gläubiger aus dem Judikat jedes Vereinsmitglied in Anspruch nehmen. Denn das Urteil ist zwar gegen sie rechtskräftig, aber nicht vollstreckbar.

Es sei an dieser Stelle darauf verwiesen, dass ein nichtrechtsfähiger Verein, der als solcher keine aktive Parteifähigkeit besitzt, gleichwohl eine Judikatsklage erheben kann, wenn er aufgrund einer (ihm gestatteten) Widerklage ein obsiegendes Urteil gegen den Kläger erstritten hat und dies aus irgend einem Grunde nicht vollstreckt werden kann. Es wäre wenigstens sonderbar, wenn man ihm die Erhebung der Widerklage, nicht aber die klagweise Geltendmachung des dadurch erstrittenen Urteils gestatten wollte.[15] Diese Erwägung zeigt übrigens, wie verfehlt halbe Bestimmungen nach Art des § 50 Abs. 2 ZPO. sind.

---

14) RG. IV S. 155, VII S. 164, VIII S. 121, XVIII S. 349, XXII S. 212. — ROHG. IV S. 202, 211. — Seufferts Archiv XXV No. 199, XXXIII No. 1, 103. — Dagegen RG. XII S. 229. — Vergl. Planck I § 43 II.

15) Begründung der Novelle S. 85. — Kommissions-Bericht S. 31, 32. Nach letzterem ist es schon zweifelhaft, ob der Verein eine Klage aus § 686 (767) erheben könne. Aber dann wäre die Sonderstellung mehr als ein privilegium odiosum, da der Verein zwar der Zwangsvollstreckung unterläge, aber Unbilligkeiten schutzlos preisgegeben wäre.

III.

Ist ein Urteil für oder gegen einen anderen als den im Urteil Benannten rechtswirksam, so handelt es sich entweder um die blosse Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder einer rechtlich erheblichen Tatsache, also ein Präjudiz gegenüber dem Dritten, oder um eine Berechtigung bezw. Verpflichtung desselben.

Die präjudizielle Wirkung, die namentlich bei Statusklagen häufig ist, gehört nicht in den Rahmen unserer Betrachtung.

Bei der Berechtigung oder Verpflichtung eines Dritten aus dem Judikat gibt es zwei Wege zu ihrer Geltendmachung: Die einfache Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Namen des Dritten oder die Klage. Das geltende Recht verwendet beide Formen und gibt dabei grundsätzlich (und mit Recht) der Umschreibung der Vollstreckungsklausel den Vorzug. Die Klage dient als Notbehelf.

Der wichtigste Fall der Rechtskraft für und gegen Dritte ist der der Rechtsnachfolgerschaft (Universal- und Singularsukzession) im § 727 der ZPO. Der Satz gilt auf der Gläubigerseite ausnahmslos, auf der Seite des Schuldners mit den Beschränkungen, die ihm im § 325 gezogen sind. Hiernach wirkt das Urteil nicht gegen den gutgläubigen Erwerber, der den Mangel im Rechte seines Vorgängers nicht kannte, es handele sich denn um die Belastung eines Grundstücks mit einer Reallast oder einem Grundpfandrechte. Wer ein Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung

ersteht, muss das Urteil nur dann gegen sich gelten lassen, wenn es im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zum Bieten angemeldet war. Andererseits wirkt das Urteil auch gegen den unmittelbaren Besitzer (§ 868 BGB.) einer im Streit befangenen Sache.

Abgesehen von dieser allgemeinen Regel finden sich in mehreren Gesetzen Bestimmungen über die Wirkung der Rechtskraft gegen Dritte, welche die ZPO. in einer Reihe von Paragraphen nach der prozessualen Seite behandelt. Hier zeigt sich das Missliche einer derartigen Kasuistik. Die ZPO. hat einige Fälle — ob mit oder ohne Absicht, bleibe dahingestellt — nicht berücksichtigt. Man ist daher bei ihrer Behandlung in Verlegenheit: Sind die einzeln aufgezählten Fälle nur Einzelanwendungen eines Prinzips, das man deshalb überall zu verwerten hat, oder bilden sie so auffallende Abweichungen von der Regel, dass es in jedem einzelnen Falle einer besonderen Feststellung bedurfte? Unser Recht liebt es, Prinzipien zu verschweigen. Schon die alte ZPO. kannte einige Fälle der erweiterten Rechtskraft, und die Novelle fügte etwa ein Dutzend hinzu, deren Behandlung ganz die gleiche ist. Ich möchte daher hier auf ein verstecktes Prinzip schliessen und die Bestimmungen der §§ 727 ff. auch auf die übergangenen Fälle ausdehnen.

Von denen, welche die ZPO. regelt, kommen für uns inbetracht: Die Wirkung eines für und gegen den Vorerben ergangenen Urteils für und (beschränkt) gegen den Nacherben (§ 728 Abs. 1 mit

§ 326); eines für und gegen den Testamentsvollstrecker ergangenen Urteils für und gegen den Erben, soweit der Gegenstand seiner Verwaltung, der Anspruch seiner Verfügung unterliegt (§ 728 Abs. 2 mit § 327); eines für und gegen den Erblasser ergangenen Urteils für und gegen den Testamentsvollstrecker wegen der seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände (§ 749); sowie eines für und gegen die Ehefrau ergangenen Urteils nach Eintritt des gesetzlichen Güterstandes oder einer Gütergemeinschaft für und gegen den Ehemann wegen des eingebrachten bezw. Gesamtguts (§ 742).

Entsprechend zu behandeln sind aus den oben erwähnten Gründen das für und gegen den Nachlasspfleger ergangene Urteil für und gegen den Erben;[16] das für und gegen den Nachlassverwalter ergangene Urteil für und gegen den Erben; sowie das für und gegen den Konkursverwalter ergangene Urteil für und gegen den Gemeinschuldner (mit gewissen Einschränkungen).[17] Dieser letztere Fall wird bei Beendigung des Konkurses praktisch, wenn z. B. ein Aussonderungsberechtigter gegen den Konkursverwalter ein obsiegendes Urteil erstritten, aber noch nicht vollstreckt hat, oder wenn ein Masse-

16) Hellwig S. 258 gegen die herrschende Meinung, die in dem Nachlasspfleger einen Vertreter des Erben sieht. Das führt, wie Hellwig mit Recht betont, zu dem unhaltbaren Ergebnis, dass der Gerichtsvollzieher zu prüfen hätte, wer Erbe ist und ob er die Erbschaft angetreten hat. — Die Anwendung des § 728 Abs. 2 ist jedoch nicht mit der Wesensgleichheit der Institute zu rechtfertigen, denn § 728 könnte eine eng auszulegende Sondervorschrift enthalten, sondern nur mit dem oben angenommenen Prinzip.

17) Hellwig S. 259 ff. Die Einzelheiten gehören nicht hierher.

schuldner zur Zahlung verurteilt ist Dass das Urteil für und gegen den Gemeinschuldner Rechtskraft hat, ist unbestritten; es wäre unbillig, die Beteiligten hier auf den Weg der gewöhnlichen Judikatsklage zu verweisen.

Nur gegen den Dritten wirkt ein Urteil, welches das Bestehen einer Verbindlichkeit feststellt: bei Übernahme eines ganzen Vermögens oder eines Handelsgeschäfts seitens des Dritten (§ 729 Abs. 1, § 729 Abs. 2 mit HGB. § 25), bei Bestellung eines Niessbrauchs an einem Vermögen oder einer Erbschaft für den Dritten (§ 738), endlich bei Aufhebung einer ehelichen Gütergemeinschaft sowie der fortgesetzten Gütergemeinschaft gegen die Ehefrau bezw. die anteilsberechtigten Abkömmlinge (§ 744, § 745 Abs. 2).

In allen diesen Fällen wird die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils auf Antrag für oder gegen den Dritten erteilt, wenn der Antragsteller den Eintritt des Dritten in die Berechtigung oder Verpflichtung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweist; doch bedarf es einer Anordnung des Vorsitzenden (§§ 727, 730). Vermag der Antragsteller den Nachweis nicht zu erbringen, so muss er beim Prozessgericht erster Instanz aus dem Urteil Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel erheben (§ 731).

Diese Klage ist eine Judikatsklage.[18] Das wird zwar von manchen bestritten, namentlich deshalb,

18) Ebenso Heldmann S. 49. — Mandry S. 280. — Wach, Vorträge S. 235. — Förster-Eccius I S. 294. — Windscheid-Kipp

weil für die Klage ein besonderer Gerichtsstand festgesetzt ist; aber der Gesetzgeber ist nicht gehindert, hier, wie z. B. auch bei dem ausländischen Urteil, Normen für die Erhebung der Judikatsklage aufzustellen. Im übrigen gilt hier dasselbe wie dort. Es entsteht ein förmlicher Prozess, in dem der Beklagte alle gegen den Judikatsanspruch zulässigen Einreden vorbringen kann. Das Urteil lautet auf Erteilung oder Nichterteilung der Vollstreckungsklausel und ist mit Rechtsmitteln anfechtbar. Der Beweis für das Judikat kann nach § 750 Abs. 2 nur durch die Urteilsurkunde oder eine Ausfertigung derselben erbracht werden; vermag der Gläubiger das nicht, so ist er auf den Weg der allgemeinen Judikatsklage verwiesen.

Die gleichen Bestimmungen finden auf den Vollstreckungsbefehl Anwendung, wenn die Vollstreckung für oder gegen einen anderen als den im Befehl Benannten stattfinden soll (§ 796). Zuständig für die Judikatsklage aus dem rechskräftigen Vollstreckungsbefehl ist das Amtsgericht, das den Befehl erlassen hat, bezw. das übergeordnete Landgericht.

Ein einzelner Fall der erweiterten Rechtskraft gehört dem Seerecht an. Die Schiffsgläubiger, denen Schiff und Fracht verhaftet ist, können nach § 761 HGB. zum Zweck der Befriedigung gegen den Rheder oder den Schiffer klagen. Das Urteil gegen den Schiffer „ist auch gegenüber dem Rheder wirksam“ (HGB. § 762). Über die Vollstreckbarkeit

---

I § 129 Anm. 2 (?). — Struckmann-Koch zu § 731. — Dagegen Landgericht Metz a. a. O.

sagt das Gesetz nichts. Der Fall ist eigenartig, da sich auf ihn weder der Begriff der Rechtsnachfolgerschaft noch der Verwaltung — wenn man nicht zu gewaltsamen Konstruktionen greift — anwenden lässt. Ich halte daher die Voraussetzungen des im § 727 ZPO. liegenden Prinzips nicht für gegeben; der Gläubiger muss vielmehr die allgemeine Judikatsklage gegen den Rheder erheben.[19]

Ferner ist hier die sogen. laudatio auctoris zu erwähnen. Ist gegen den unmittelbaren Besitzer einer Sache eine Klage wegen derselben erhoben, so kann er dem mittelbaren Besitzer (seinem auctor) den Streit verkünden und nach dessen Eintritt aus dem Prozess ausscheiden. Das Urteil bleibt aber auch gegen ihn „wirksam und vollstreckbar" (§ 76). Wie es vollstreckt werden soll, sagt das Gesetz nicht. Heldmann S. 51 will die Judikatsklage anwenden; wie ich glaube, zu Unrecht. Die Sprechweise des Gesetzes ist hier anders als in den übrigen Fällen; „wirksam und vollstreckbar". Man muss daher annehmen, dass die Vollstreckungsklausel unter Bezugnahme auf diese Bestimmungen auch gegen den ersten Beklagten zu erteilen ist; dies ist der natürlichste Weg und unterliegt keinem Bedenken, wenn man unter entsprechender Anwendung des § 730 eine Anordnung des Vorsitzenden für erforderlich hält.[20] Wird diese rechtsgiltig

19) Ebenso Heldmann S. 52, wohl auch Makower zu § 761 Abs. 2.

20) Gaupp-Stein, Kommentar 4. Aufl. Anm. IV 6 zu § 76; Krug in der Zeitschrift für deutschen Zivilprozess XX S. 411; Wilmowski-Levy Anm. 3 c a. E. zu § 73 und jetzt auch Seuffert

verweigert, so ist dann erst die Judikatsklage gegeben.

Die oben S. 25 ff., S. 56 ff. mehrfach erwähnte lex Saepe, nach welcher die Überlassung der Prozessführung in gewissen Fällen zur Anerkennung der Rechtskraft zwingt, ist als Prinzip nicht in das neue Recht übergegangen. Doch hat man, wie Hellwig (S. 310 Anm. 28) nachweist, den Gedanken z. B. für die Bestimmung des § 856 ZPO. ebenso § 147 KO.) verwertet. Hiernach wirkt bei Pfändung eines Anspruchs für mehrere Gläubiger das Urteil in einem Rechtsstreit zwischen einem Gläubiger und dem Drittschuldner für und gegen alle Gläubiger. Judikatsklage ist hier jedoch nicht nötig, weil die Pfändung für alle Gläubiger erfolgt ist; jeder einzelne erhält bei Nachweis der für ihn erfolgten Pfändung eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils.[21]

Anm. 4 e zu § 76 lassen die Vollstreckungsklausel ohne weiteres — unter Bezugnahme auf § 76 Abs. 4 — durch den Gerichtsschreiber erteilen. Ich halte das für unzulässig, § 730 beweist, dass der Gerichtsschreiber zu selbständigen Verfügungen nicht berechtigt sein soll.

21) Heldmann S. 52 Anm. 4. — Falkmann S. 282. — Seuffert Anm. 5, Struckmann-Koch Anm. 4, Wilmowski-Levy Anm. 4 Abs. 1 zu § 753 (856). Doch verlangt Seuffert Anm. 3 eine Anordnung des Vorsitzenden.